

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO I
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE
MCMXLVII

*Es propiedad. Queda hecho el
depósito y la inscripción en el re-
gistro que marca la Ley. Reser-
vados todos los derechos.*

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La Inspección de Tribunales

R A F A E L R U B I O

Presidente de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Si la Administración de Justicia es siempre en todo Estado civilizado ocupación y preocupación esencial, mucho más ha de serlo en las actuales circunstancias que presentan tan aguda crisis mundial de todos los principios, aún de los más fundamentales, a fin de evitar por cuantos medios sean posibles que el naufragio pueda alcanzar a lo que es la base y sustento de la sociedad y elemento cardinal y condición esencial de su propia vida; y por ello nadie de los que puedan ofrecer alguna aportación en sus respectivas actividades debe negar su tributo a la defensa y perfeccionamiento de lo que siempre se consideró como "fundamentum regnorum", con tanto más motivo en España, porque independientemente de la suerte que pueda correr en otros países, hoy amenazados como nunca de destrucción y aniquilamiento de todo principio jurídico, en nuestra Patria, y para nuestra dicha, existe siempre un fondo de reserva inagotable de rectitud y de salud moral que, aun apagando apagado, bastan adecuados toques de atención para motivar su eficaz resurgimiento.

Bien conocido es que en todos los momentos graves de la Historia, y cuanto más difíciles mejor, sabe España adoptar la actitud precisa de salvación, ya con actividades y doctrinas fundamentalmente rectas frente a todos los extravíos, ya con las armas en la mano, como acaba de verse bien palpablemente en nuestra guerra última, con esa espléndida juventud que tan poco prometía, dado el ambiente de abulia y desencanto en que parecía sumida: y ello hace esperar confiadamente que bajo esa corteza hoy existente, que sería, no sólo vano sino suicida desconocer, de torcimientos y concupiscencias dominantes, surja de nuevo el buen fondo que debe salir a flote.

Con una Justicia fuerte y sólida, nuestra nave marchará sin vacilación en medio de todos los escollos, no sólo por el encauzamiento que siempre produce la coacción, sino por la espontánea reacción y natural acoplamiento del pueblo español a cuanto justicia significa, porque,

como decía acertadamente el Sr. Sánchez Toca siendo Ministro de Gracia y Justicia, en su Discurso de apertura de Tribunales, al hablar del poder de conciencia para formar el sentido ético nacional:

"Para esta obra—para conseguir que en las grandes conculcaciones colectivas del orden moral, producto de los mismos estados amorales del espíritu público, se la traiga a mejor conciencia del derecho y formar, guiar, educar y gobernar las corrientes del espíritu en la vida social—los organismos de la Administración de Justicia tienen por ley de su propio instituto inmenso poder de conciencia. Además de su jurisdicción oficial para los veredictos legalistas de los enjuiciamientos, llevan en sí una función sustantiva y capital, como formadores de la conciencia pública. Por importantes que sean los aspectos curiales de su jurisdicción en los juicios, es mucho más trascendental esa otra función de complemento, no expresada literalmente por texto escrito de ley alguna, pero por cuyo ministerio puede actuar con altísima influencia en las direcciones de espíritu y conciencia, vivificando como fuerzas propulsoras de la vida social los factores morales, pasivos y latentes, y casi anulados en medio de las atonías del espíritu público.

"Con instituciones judiciales que acierten a ejercitar este inmenso poder, la conciencia nacional puede reaccionar contra las mayores corrupciones que contaminen su ambiente."

Ello nos mueve al presente examen de lo que reputamos como base de la organización y fundamento esencial de la Administración de Justicia en España: la Inspección de Tribunales. Y aunque sea contrariando las voces clamorosas del actual momento, que parecen pedir innovación a todo trance, y sea una verdadera tentación el acudir dando rienda suelta a la imaginación para proponer con elucubraciones dogmáticas y teóricos estudios de gabinete, a la vez que se entremezclan con el resultado práctico, a fin de que el amor propio no sufra si no se ve incluido en ambos campos los proyectos que se crean más adecuados, la experiencia demuestra, y ésta es base de fundado apoyo, que se hace más en favor de la Justicia con la modestia que vamos a emplear de unas sencillas y tan sinceras indicaciones como cada caso requiera con vista a la práctica y en sostentimiento de lo existente, que no puede ni debe ser cambiado de un plumazo, y que tiene mucho utilizable, con aquellas indispensables y no muy extensas reformas que puedan ser de eficiencia definitiva, que con proyectos o artículos mejor o peor hilvanados sin el menor valor de eficacia, como tantos otros que tampoco lo han conseguido, pese a la valía de sus autores, y que, cuando más, han servido para recoger en un rincón olvidado el polvo de las bibliotecas, porque, como dice Balmes, cuando se trata de llegar a la realidad, es preciso no fijarse sólo en las ideas, sino pensar en los objetos.

Porque asombra y deja perplejo el ánimo de quien toma en serio la función de juzgar ver que desde que se publicó la Ley Provisional Or-

gánica del Poder Judicial en el año 1870, que, por hallarse vigente, es la base de donde se parte, existe un cúmulo de estudios y trabajos sobre la Administración de Justicia y, concretamente, sobre la Inspección de Tribunales, expresados en magníficos discursos en las Cortes, con elocuencia extraordinaria y aperturas de Tribunales, donde con certero análisis se marcaban los males y aun, a veces, se apuntaban adecuados remedios, y que todos partían de los que, teniendo en sus manos las riendas del poder—de un poder democrático que recogía con ello, además, un estadio pertecíamente claro y decidido de la opinión, a la que decían representar—no sabían o no podían llevar a la práctica el remedio de lo que tan lucidamente censuraban, o implantar lo bueno interesado, sin que se pasara, cuando más, de ensayos y tanteos, que cual tela de Penélope, tejían y desejan, a veces en plazos brevissimos, como después se verá, las reformas, que si en ocasiones entrañaban excelentes propósitos, el acierto no acompañaba su ejecución.

Cierto que siempre se partía de los apotegmas de la máxima libertad y máxima responsabilidad en el juzgador, principios cardinales que había sentado la Ley Orgánica; pero en el desarrollo de cuanto se proponía y de las disposiciones que se establecían, aparte de que se buscaba una independencia de los jueces y magistrados, base de su libertad, más teórica que práctica, por las razones que después se expresarán, y, en su consecuencia quedaban a merced exclusiva del Poder ejecutivo en todo momento, y la responsabilidad muchas veces carecía de eficiencia, no se acometía el problema en el fundamento clave de todo ello, que es el factor hombre.

No es problema sólo de leyes, es aún más de hombres; con que aquéllas establezcan ciertas bases de adecuado desenvolvimiento, porque claro es, sin leyes nada puede hacerse, y autoricen, como lo autorizan todas, que se busquen los mejores funcionarios y los cargos estén desempeñados por los más idóneos y se corrija y se separe a los ineptos y torcidos, el problema está en las leyes resuelto—lo demás es reglamentario o medios para encontrarlos—; la cuestión estriba tan sólo en que el que ostente el mando escoga debidamente a unos y otros para el premio o el castigo; y eso, que en otro organismo puede ser más o menos difícil, en la Administración de Justicia es absolutamente viable, porque para ello se constituye expresamente la Inspección de Tribunales, alrededor de la cual, como meta de tales aspiraciones, se han empleado todos los rodeos, algunos de los cuales, los más salientes, como precioso antecedente que no puede silenciarse y que prueba cuanto se expone, se transcriben a continuación, un poco extensamente, para que se vea bien patente lo que se decía y cómo se decía, la ideología en que se inspiraba y la escasa congruencia, por punto general, con los hechos de gobierno, algunos de cuyos gobernantes así lo reconocían expresamente, a más de que tales trabajos son de especial ayuda a las modestas opiniones que por nuestra parte hemos de presentar.

En el Discurso de apertura de Tribunales de 1909 se expresaba por el Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Marqués de Vadillo, después de

indcar los muchos daños que nacían, no de las leyes mismas, si no de los abusos de ellas, lo siguiente:

“Sin duda, que todo ello revela la necesidad de una constante y bien organizada inspección de los servicios judiciales; porque si es cierto que la Ley Orgánica la previno y con arreglo a la misma viene practicándose, es innegable que se siente la necesidad de una organización más completa de este servicio, llamado a ser garantía eficacísima de la Administración de Justicia; que si hasta ahora, inspirada nuestra legislación, en lo que a organización y facultades se refiere, en un criterio de susceptibilidad y de desconfianza, lo esperó todo de la limitación de aquéllas, ya es tiempo de que se rectifique tan inveterado error, buscando la garantía de los servicios en la responsabilidad del que los presta, y para ello precisa una constante, activa, honrada e inteligente inspección. Organizarla, y organizarla bien, debe ser, en definitiva, el objetivo que en los momentos actuales persiga el legislador.”

En 1901 se decía por otro Ministro, Sr. García San Miguel, en igual solemnidad:

“Para que la potestad de aplicar las leyes no se convierta jamás en instrumento de tiranía, como sabiamente exponía la Constitución del 12, Código inmortal en el que encuentran asiento todas las libertades públicas y la independencia de los Tribunales, es necesario que las funciones de juez se separen de cualquier otro acto de autoridad soberana. Verdadera independencia del Poder judicial proclamada en las Cortes y afirmada más tarde en nuestros Códigos para conferir al juez, órgano exclusivo de la ley, la representación genuina de una institución social, la más elevada y respetable: independencia que cuenta además, como preciosa garantía, con la inamovilidad de los funcionarios de la Administración de Justicia, cuyo concepto se halla gráficamente expresado en aquellas palabras de un Ministro: “Los magistrados y jueces deben ser separados por medios de justicia: no por medios de gobierno”.

“Pero cuanto más ilimitada y más grande sea la prerrogativa que se conceda al Poder judicial, mayor debe ser el cuidado con que la ejerza, para que sirva de protección y amparo a los altos intereses sociales y no sea motivo de agresión y peligro para el Estado, realizándose el caso que lamentaba el orador romano. “de que la sociedad fuese herida con la misma espada que había entregado para que la defendiesen”.

“Dice con acierto el Sr. Aldecoa: “afortunadamente, no se encuentra desamparado en nuestras leyes el principio de la responsabilidad judicial”: pero ¿de qué sirven los preceptos legislativos si se descuidan y no se cumplen por los que están llamados a aplicarlos?

“Y reconocido el principio, dedúzcanse de él las necesarias consecuencias, sin apasionamiento ni prejuicios peligrosos, pero con la severidad y rectitud indispensables a la puntual observancia de las leyes,

adoptando aquellos procedimientos que sean más eficaces y más prácticos para que ningún acto del inferior pase inadvertido al superior, ni abuso alguno, por impericia o por malicia, quede sin enmendar ni corregir.

"De aquí el origen de la inspección permanente y reglada, no la transitoria e incierta consignada en nuestras leyes, más como principio científico y precepto orgánico de carácter general, que como procedimiento de constante y necesaria aplicación.

"Porque la ley, la sociedad, no pueden consentir que el juzgador se aproveche impunemente del daño que cause o de la transgresión legal que cometa en el ejercicio de su cargo, siendo preciso que haya quien inspeccione sus actos, quien los juzgue con imparcialidad y justicia, y quien los corrija y enmiende aplicándoles el castigo merecido."

En el ya citado discurso del Sr. Sánchez Toca, después de exponer abundando en los mismos conceptos de todos, esto es, que no hay en la construcción del Estado pieza más capital que la del orden judicial; que del modo cómo se instituya y organice la Administración de Justicia, del vigor de su jurisdicción ordinaria, del prestigio de su magistratura; en suma, de la firmeza y solidez de cimentación de sus Tribunales, dependen fundamentalmente las demás disciplinas, las libertades públicas y el desarrollo y garantía de los derechos más esenciales de la personalidad humana y de que por ello hay que fortalecer y enaltecer la independencia judicial con todos los recursos jurídicos y los prestigios sociales, sin la cual resulta como sin cimientos la fábrica de los Poderes públicos en la civilización contemporánea; y después de afirmar que aun guardando intactas las formas excelentes de legislación e inalterados los textos legales, los hábitos sociales los han desnaturalizado hondamente en lo más fundamental, al punto de que bien puede asegurarse que el ordenamiento actual de nuestra Administración de Justicia, no tiene ni precedentes en su propia historia, ni analogías posibles con las legislaciones comparadas de otro pueblo ni aun con los textos legales que aparentan regularlo, agregaba:

"Por la misma delicadeza de las funciones confiadas al juez, apareció siempre recusable ante la conciencia toda organización judicial basada en posibilidad de magistrados y jueces libremente trasladados, separados o destituidos por acto discrecional del Poder; pero a la par también la naturaleza de esas funciones requiere excepcional cuidado de vigilancia exquisita, asistida de jurisdicción disciplinaria con atribuciones morales extraordinarias. Y la necesidad capital de tales garantías instituyó siempre junto a los juzgadores vigorosa organización inspectora. A ello responde nuestra vigente organización de inspección y vigilancia de la Administración de Justicia, informada más bien en el espíritu de la institución de los jueces pesquisidores de la ley de Partida que en el del sistema de los juicios de residencia con acción popular, tan característico de la organización judicial de Casti-

lla bajo la Casa de Austria. Pero para cumplir tan altos fines requiere también un gran poder de conciencia que, sin llevar en sí los formidables alcances de los veredictos de los tribunales de honor, no vea constreñido el oficio de sus informaciones a los formularios de la prueba tasada, ni tenga que encerrar sus liquidaciones de responsabilidad por negligencia, immoralidad o ignorancia en las ordinarias tramitaciones del expediente o de la causa criminal."

El Conde de Romanones, en igual acto solemne de 1906, después de exponer que entiende por curia a los auxiliares de la Administración de Justicia, sin facultad para resolver los asuntos, decía:

"Tomando la palabra en ese sentido voy a deciros algo que quizá os cause extrañeza y parezca insólito y paradójico, y es que si yo, falto de tiempo y de medios para reformar ambas organizaciones, tuviera que elegir entre reorganizar la magistratura y poner mano en la curia, llevaría a esta última obra todo mi esfuerzo y creería hacer con ello un cuantioso beneficio a la Justicia y al país. No ha sido ésta, y lo reconozco, la preocupación general; es propio de nuestro carácter fijarnos en lo externo, en lo que brilla, en lo que se muestra grande, y olvidarnos a menudo que los agentes pequeños y escondidos del mal son en el cuerpo colectivo tan graves a veces como en el organismo humano. Con todos los defectos de la organización dada a los Tribunales, la elevación de sus funciones, la del personal que en ellos juzga, la forma de su retribución, la ausencia de peligrosos contactos con los interesados, salva el prestigio de la Justicia y permiten por vuestro esfuerzo personal que éste se sobreponga a los defectos orgánicos, los oculte y los remedie. Pero en la organización de la curia, y salvo las excepciones que me complazco en conocer, son los defectos tan graves, que con dificultad los contrarresta la voluntad de más recta intención. A medida que se desciende en la escala judicial y se llega a los Juzgados, la jerarquía está frecuente y prácticamente invertida, resultando que por imposibilidad de extender a todo la acción directa del juez, es el curial quien guía y lleva el asunto, con lo cual, en la misma decisión final, ejerce una positiva influencia. A lo mejor, ese curial influyente apenas si conserva un rastro del carácter de funcionario público porque, salvo ser la oposición o el concurso el título que podríamos llamar de egresión, subsiste en muchas relatorías y escribanías algo y no poco del oficio enajenado, v. una vez obtenidas, establece en ellas el titular cierta jerarquía a su gusto y antojo, organizando un personal que goza de las atribuciones del poder y elude la dependencia de éste, viiniendo a celebrarse como un subarriendo de funciones, que debieran ser extrañas a toda idea de enajenación y contrato."

Por último, porque las citas serían interminables, el Marqués de Figueroa, en el siguiente año, sostenía "la preocupación que le ocurría la designación del personal por el problema de conciliar la libertad del juzgador con el origen de los nombramientos y promociones,

y es que como por muchos se sostiene y nadie niega, éste de la organización judicial es un problema de personal principalmente: más valen leyes que no lleguen a medianas con personal bueno, que leyes óptimas con personal nublado o incapaz. Y que no hay en nuestro tiempo necesidad comparable a la de mantener independiente la Justicia."

Pues bien, obsérvese todo eso que repetido en formas tan claras y contundentes por otros muchos Ministros anteriores y posteriores a los citados, y que se decía en los momentos más solemnes en que el Poder ejecutivo exponía sus opiniones ante el judicial o ante el legislativo, toda esa corriente liberal—adviértase que hasta se citaba y enaltecía expresamente la Constitución del 12, a pesar del tiempo que había transcurrido—, por ser la raíz en que se inspiraban aquellos gobernantes, que decían buscar la Justicia con tan bellas palabras, no sabían encontrar lo que la Reina Católica, muchos años antes, *con hechos*, daba solución cumplida al problema, y bueno es recordarlo, porque si es verdad que se torna la vista y se dirige la proa hacia aquellos Reyes que supieron sacar a España de la postración en que yacía para colocarla a la cabeza del mundo, esto no ha de ser para adornar sólo los escudos e insignias, sino para adoptar la entraña y eficiencia de su gobernación.

Se dice que cuando Isabel I gobernaba se le cayó al acaso un papel de la manga en que tenía escrito de su propia mano: "La pregonería de la ciudad se ha de dar a X. porque tiene mayor voz"; y si en oficio tan vil, comenta el antiguo cronista, tenían tan católicos y prudentes Reyes tanto cuidado, ¿qué se debe hacer en los de Justicia y Gobierno? "Sabiendo estas cosas—añade—se comprende que España, en su tiempo, estuviera tan maravillosamente servida por hombres eminentes en todos los ramos. Cuando se da el oficio de pregonero al que tiene mejor voz y no al lacayo del favorito o del ayuda de cámara, aunque esté afónico, se pone a Cisneros de Primado de las Españas y a Gonzalo de Córdoba de General de los Ejércitos."

Pues de eso se trata: de que se busque y coloque no al que tenga mejores valedores, sino al Gran Capitán y al Cisneros, incluso al pregonero, que hacen falta en los respectivos cargos judiciales de inspección para que esas supremacias de la Justicia, que tan ilustres gobernantes indican, como base de toda la nación, salven a España.

* * *

Para ver de aportar el estudio que tienda a tan elevado fin con un poco de método, bueno será establecer los tres capítulos siguientes:

- I. Su historia.
- II. Su razón de ser, necesidad e importancia, constitución, alcance y funcionamiento actual.
- III. Reformas necesarias.

I. Su historia

Es suficiente lo expuesto, sin perjuicio de lo que después se agregará como necesidad y entraña de la Inspección, para que se examinen sus antecedentes y se vea la historia de la misma, que precisamente por ser "magister vitae" va a enseñar, mejor que otras muchas disquisiciones, lo que debe ser al presente ante el resultado de lo que fué, porque como se ha dicho con acierto, si la doctrina precisa los acontecimientos, también los acontecimientos hacen nacer doctrina.

Mas para valorizar debidamente y precisar el alcance de lo que la historia va presentando, conviene adelantar el concepto base para el buen funcionamiento del organismo, la idea madre que, aunque sencilla y corriente, puede parecer, por su falta de aplicación, procedimiento extraordinario. Con ello se evitará el confusionismo que puede producir el desfile de las disposiciones que se han dado, que es lo que acontece en la práctica cuando se tiene mando o dirección como en el organismo que se estudia, al que se pretende rodear de problemas que se estiman a veces insolubles por perder de vista el cimiento en que se apoya y el fin a conseguir, tratándose de cohonestar puntos inconciliables.

Así, muchas veces hemos visto bajo los más varios regímenes en la vida provincial recorrida, debatirse a los Gobernadores civiles en medio de las mayores dificultades y fracasar, estimando que aquel su coto era un país ingobernable; mas también hemos observado que encargado en interinidades más o menos largas, un buen funcionario judicial, por ejemplo el jefe de todo el territorio de esta clase, las dificultades disminuían en forma tan notable que casi desaparecían, por la razón bien sencilla de que no tenía que estudiar la manera de complacer las contradictorias peticiones del Ministro, del Diputado, del cacique y demás elementos que pretendían dirigir el mando, sino que se limitaba a aplicar las leyes a lo que estaba bien acostumbrado.

Aquí en nuestro trabajo se trata, como expuesto queda y se ha de repetir frecuentemente por ser base de todo el edificio a construir, de que, aparte de la necesaria existencia de leyes que concedan margen suficiente y en coherencia lógica con los principios que deben informarlas, el estudio mayor se dirija a procurar el acierto en las personas que haya de aplicar esas disposiciones legales, y que presupuesta la rectitud de intención y un normal criterio han de reunir además dos condiciones "sine qua non" si se quiere el deseado acierto: una, el conocimiento profundo, a fondo, del problema o asunto que se le encierra, no de otras disciplinas, sino precisamente de la que se le encarga; otra, valor y energía para debidamente aplicar lo que en cada caso proceda, según las leyes y las circunstancias demanden; esto es, ejercer el mando íntegramente, sin duda ni vacilaciones; pero obsérvese que las leyes sólo son eficaces a través de los hombres y que no todos sirven para todo. Creer otra cosa es causa de constantes fracasos, porque como antes se copió de un gobernante y es exactamente

cierto, más vale leyes mediocres con buenos jueces, que excelentes leyes con jueces mediocres.

Aquí está toda la médula del problema que trataban esos gobernantes de solucionar con tan lucidas palabras como se han transscrito y que vamos a ver si lo consiguieron. Por ello, y por lo que afecta al régimen moderno, se ha de fijar la atención preferentemente en los jueces o funcionarios con los que se quería constituir la Inspección y en las facultades que se les concedía.

Esto sentado, ha de empezarse por afirmar que no se trata de una institución nueva; no es función surgida al calor del constitucionalismo ni fruto de commociones revolucionarias la Inspección de Tribunales, aunque nuestro estudio haya de arrancar de la Ley Orgánica de 1870; es, en nuestra patria, práctica de sentido tradicional, cuyo arraigo se remota, por lo menos, al siglo XIV.

Pues aparte de los antiguos *missi dominici*, de los jueces pesquisidores de las Leyes de Partida a que se ha hecho alusión y de la obligación que estas imponían a los jueces de permanecer durante cincuenta días después de terminado su cargo para hacer derecho a los que de ellos hubieren recibido tuerto; esto es, un justicia y un razón, en dicho siglo XIV don Enrique II y don Juan I, en ley cuya vigencia reiterarán más tarde los Reyes Católicos y Carlos I, "deputan hombres buenos que anden por las provincias y vean cómo usan y hacen justicia y cumplimiento de los derechos de las partes los Tribunales inferiores no eclesiáguados. Adelantados, Merinos, Corregidores y Alcaldes".

Los que aparecían culpables de faltas en el desempeño de sus funciones eran castigados con destierro e inhabilitación.

Los Adelantados debían ir por las merindades, y donde halleren Merinos de mala fama, quitarlos y hacerlos enmendar todas las *malfetrias* que hubieren hecho.

Es decir, que ya se giran verdaderas visitas de inspección a los que administran justicia. Como las estableció también Felipe II, ordenando "visitas anuales por la persona que designara el Presidente del Consejo, porque mejor se puede entender como usen de sus oficios Relatores, Escribanos, etc., y los de nuestro Consejo castigarán con cuidado lo que por dicha visita se hallaren culpados".

Esa idea continúa en las Ordenanzas de Medina, que establecen visitas así, como en las del Real Consejo de Navarra y en las Chancillerías y Audiencias del Reino.

Por lo común, la función inspectora se encomienda al Real Consejo de Castilla, dándose amplísimas facultades a los visitadores.

Más tarde, en tiempos de Felipe III, el Consejo de Castilla entiende de los resultados de las visitas y propone al Rey las providencias necesarias al buen gobierno de los Tribunales.

Finalmente, en 1720, Felipe V atribuye al propio Consejo, de un modo permanente, la inspección de los pleitos pendientes, ordenando que los Consejeros, Tribunales y Ministros den cuenta mensual del estado y curso de los asuntos, y una de las atribuciones más temibles

que tenía este Consejo en el orden judicial era la de revisar y fallar las *residencias* de los funcionarios, que cesaban de vez en cuando.

Todas esas disposiciones van dibujando, según decía el Ministro señor Ordóñez, las trazas de una Inspección de Tribunales con sus rasgos característicos, que no difieren en lo sustancial de lo que puede idearse hoy para la misma institución modernizada, a fin de conseguir la corrección y remedio a los males que se acusan a lo largo de la historia y que siempre y en todas partes se intentó curarlos con medicación precisa.

Esta es la tradición española; pero llega el desdichado siglo XIX y entonces es cuando por influencias extrañas y hoy bien conocidas recusables ideologías se fraguan en el orden político los mayores desaciertos para conseguir la destrucción y aniquilamiento de España y desaparición de su Imperio. objetivo éste cumplidamente logrado, sin que sirvan, en definitiva, los titánicos esfuerzos de los que conociódores del peligro se enfrentaban, incluso en dos guerras, ante el torcido empeño de los que dirigían y que sabían a dónde iban, ayudados, como siempre, de la consabida necia ignorancia del mayor número.

Aquellas continuas asonadas y motines, revoluciones y pronunciamientos, que tenían en perpetua zozobra a la nación; aquellos cambios de Gobiernos, de Constituciones y de regímenes, empleando en muchas ocasiones la astuta táctica de no apparentar medidas extremas para no alarmares demasiado, pero consiguendo más o menos lentamente la entrada de los principios liberales de la Revolución francesa. tenia que repercutir en el organismo que hoy estudiamos, sin que a ello obste los aciertos innegables de Códigos y Leyes, tanto sustantivas como adjetivas, que iban saliendo en medio de aquella continua convulsión, porque precisamente por querer dar estabilidad y firmeza con buenas leyes a principios erróneos se buscaba los mejores técnicos, en el más elevado sentido de la palabra, algunos notoriamente eminentes, que sabían construir preceptos que si entrañaban evidentes aciertos y adelantos no por ello dejaban de quebrar cuando se trataba de llevar a la práctica las consecuencias lógicas de sus propias obras doctrinales, que no podían contrarrestar la influencia funesta de sus principios básicos.

Ante la falta de lógica de un sistema que con su liberalismo pretendía apoyar y defender al individuo, dando para su afianzamiento estudiadas leyes (seguridad) y por otra parte sosténia la democracia (inseguridad), según la cual el voto de uno más podía deshacer cuanto acertadamente se hubiera construído, aun lo más perfecto, no podía pedirse que las leyes llegaran a las consecuencias debidas.

Así, todo el ciclo de Constituciones que España ha visto desfilar desde la decantada de 1812 (la de Bayona no rigió nunca), en la que se consignaba la pía admonición de que "los españoles habían de amar a la patria como una de sus principales obligaciones, y asimismo ser justos y benéficos". hasta la última en tiempo de la segunda República de 9 de diciembre de 1931, en la que definía a España como una "Re-

pública democrática de trabajadores", a cuya definición hubo de añadirse la apostilla "de todas clases", para que no resaltara la verdad de que lo era sólo de una parte; "que se organiza en régimen de libertad y justicia", todas ellas han llevado impresas como básico postulado la administración de justicia, postulado de notable e imprescindible grandeza y acierto en toda carta fundamental, si fuera real fundamento de cuanto después se hiciera positivamente; pero que no podía dar los deseables frutos si se empleaba como señuelo o banderín de enganche para que los hechos fueran muy otros de los que se proclamaba. Porque tanto la Constitución del 12, que abre marcha con sus 35 párrafos de introducción y su título V comprendiendo 66 artículos, aquéllos y éstos todos dedicados a la Justicia, como las demás Constituciones sucesivas hasta la del 31, no llevaban a la práctica por medio de sus órganos adecuados, los Tribunales, la efectividad de su independencia y en forma debida la responsabilidad que propugnaba como eje fundamental, resaltando en la primera y en la última que sobre establecer en la misma Constitución el sometimiento de los Tribunales, aun el mismo Supremo, a otro puramente político, con lo que fallaba toda libertad e independencia, necesitaba además la segunda otra ley con la cual, suspendiendo lo que como tan bueno se sostenía, había de defenderse a la República; y bien visto queda cómo los básicos principios del régimen de libertad y justicia se desenvolvían en los continuos incendios, asesinatos y violaciones de todas clases, que dieron lugar al Movimiento Nacional, observándose igualmente que éste como en anteriores intentos de salvar a España—Dictadura—había de apartarse valiente y despectivamente, como se aparta algo perjudicial, las ensalzadas cartas fundamentales, que tan poca virtud intrínseca envolvían.

Por ello precisa examinar, siquiera sea muy concretamente y desde luego sólo en relación con el organismo que se estudia, la influencia de la situación política de cada período para ver cómo influye en aquél, no ciertamente para engrosar el partido que tiene por lema "a moro muerto, gran lanzada", y según el cual, como se viene de continuo observando, se escribe durante la Dictadura, fustigando los modos de la Monarquía; después, vigente la República, se critican los de ambas y así sucesivamente siempre las de sus contrarios antecesores, sino con la pretensión de que recordando hechos vulgares y de todos conocidos, pero que a los españoles, y es éste uno de sus principales defectos, se les olvida prontamente, se puede sacar lección en los tiempos presentes no para elogiarlos incondicionalmente, sino porque siendo también de revolución, pero claramente contraria a las anteriores, se vea lo que ésta puede dar de sí a los fines que pretendemos.

Hasta la muerte de Fernando VII, a pesar de los vaivenes constitucionales de este Monarca, la vigilancia e inspección de los Tribunales perduró por medio del Consejo de Castilla, como se ha dicho; pero desaparecido éste al fallecimiento de aquel Rey en 1833, y sustituido en época ya constitucional por el Tribunal Supremo creado en la Constitución de 1812 y definitivamente instaurado en 1834, desapareció

también esa función inspectora, porque si bien es cierto que algunos preceptos muy deficientes se consignaron en el Reglamento Provisional de la Administración de Justicia y en las Ordenanzas de las Audiencias de 26 de septiembre y 19 de diciembre de 1835, no lo es menos que nada se preceptuó en el Reglamento del Tribunal Supremo de 7 de octubre del mismo año y que todo el reinado de Isabel II, más de treinta años, estuvieron los Tribunales oyendo espléndidos discursos jurídicos, pero entregados sus funcionarios, ante las quejas que pudieran efectuarse, al traslado o cesantía que el Gobierno tuviera por conveniente disponer, lo que sobre la falta de independencia que ello entrañaba, carecía de exemplaridad por desconocerse los motivos de las sanciones, según se ha declarado expresamente en preámbulo ministerial. No faltaba alguna que otra disposición esporádica, como la de 1852, que autorizaba al Presidente del Tribunal Supremo para que pudiera reclamar los pleitos y causas pendientes, a fin de ejercer una inspección y a los Regentes para hacerlo igualmente con los tenecidos, pero es notoria la insuficiencia de todo ello, resaltando la esterilidad del programa tan ostentoso que las Constituciones proclamaban.

Mas llega el año 1870, notable en su aspecto jurídico, y aquellos hombres de leyes vuelven por los principios de justicia, y se publica la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fué, desde luego, un innegable adelanto digno de encomio, no sólo por lo que aquellos tiempos permitían, sino para los sucesivos, porque sentó bases de unos principios y de un conocimiento de la realidad que han servido como incombustibles a casi todas las disposiciones que con posterioridad se han dictado y hoy son, al presente, el eje fundamental de la Inspección de Tribunales, estableciendo concretamente las bases de independencia y responsabilidad de los mismos, la forma concreta de inspeccionar y las sanciones que puedan imponerse con el procedimiento que entonces se estimaba adecuado; pero que adolece del grave daño, que ya se indicó, de iniciar el remedio y no llegar a la conclusión. Ciento es que ya no podían ser trasladados ni destituidos sin expediente los jueces y magistrados; cierto que se fijan preceptos para exigir responsabilidad; pero cierto que también continuaban los turnos de méritos, los permisos y licencias y otras muy varias ligaduras al Poder ejecutivo, entre ellas el ejecutar o no las más fundamentales decisiones sancionadoras que los Tribunales adoptaran en su función disciplinaria, a más de otros inconvenientes, como expresaba en el año 1892 el propio autor de la Ley, Sr. Montero Ríos, y medio siglo después, en 1920, el Ministro Sr. Ordóñez diciendo "que no correspondieron los resultados a la excelencia del propósito porque no se organizó metódicamente el servicio; las visitas sólo de tarde en tarde se efectuaban, y éstas, obedeciendo a causas circunstanciales; en la práctica, continuó con todos sus inconvenientes el sistema de inamovilidad judicial, debiéndose el fracaso a la falta de reglamentación de los buenos principios que la ley proclamaba y a la carencia de un Centro permanente que en todo momento acudiera a la necesidad de las visitas y la formación de expedientes requeridos, ya

por quejas autorizadas contra el modo de proceder en los negocios, ya por infracciones de la disciplina, tanto más indispensable cuanto mayores garantías de independencia se deban a la Magistratura".

Todo cuanto se ha ido creando alrededor de esta Ley base y todas las disposiciones que a continuación se van a citar, no han mejorado la situación en definitiva porque han resultado meros rodeos, como antes se apuntó y se verá claramente después, unas veces presididos de la mejor buena fe y otras dominados por la más estrecha política, que nunca puede dejar tranquila y autónoma a la Administración de Justicia, porque si ésta alcanzara una real y efectiva independencia, el derribamiento de todo el caciquil andamiaje político era evidente.

Esto atañe a la Inspección de modo concreto en su funcionamiento y finalidad, porque es de toda justicia expresar que paralelamente a todos estos actos negativos en ese aspecto disciplinario, no han faltado bien intencionados gobernantes merecedores de elogio, empezando por el mismo autor de la Ley y culminando en los Sres. Arias de Miranda y Burgos Mazo, que al suprimir los turnos de elección, dejando que la antigüedad rigiera hasta Presidente de Sala de Madrid y Barcelona, cercenaron un tanto las ligaduras que ataban el Poder judicial al ejecutivo, como era de toda necesidad, porque en teoría podría tener la elección bella defensa, mas en la práctica daba el más funesto resultado, como decían en sus sensatos preámbulos los propios Ministros que tales medidas decretaban.

Pero llegó la Dictadura, y entonces es cuando, desapareciendo el proverbial obstáculo parlamentario, se hace por aquel ilustre General sería tentativa, lo único positivo en cien años, que después se expresará. No dependió de su voluntad evitar que en parte se malograra.

Adviene la República, y hay un período de la misma en que sin duda, por natural reacción a lo bueno antes buscado, se dictan disposiciones en que se volvía a los mayores errores e irregularidades y otro en que estérilmente se trataba de subsanarlas; y, por último, surge nuestra guerra y con ella la situación actual, que no sólo permite, sino que demanda que la Justicia, sin apelativo, triunfe, encauzándola no con preceptos más o menos ilusos, sino de clara y evidente efectividad; no tratando de fortalecer doctrinas exóticas—y de ahí el que no queríamos propugnar invento nuevo en esta materia—, sino utilizando lo bueno que el tiempo ha ido legando para dejar bien ahincado para lo futuro lo que nos demanda la situación actual. Hemos de utilizarla como buenos administradores del momento que el transcurso de los siglos nos concede, ya que en su lema está la vuelta a la tradición, y ésta, según el conocido pensamiento de Taine, es una fundación a perpetuidad en una nación que pertenece al pasado y al futuro, sin derecho en el momento actual para deshacerse de ella; pensamiento aun mejorado por D. Antonio Maura, al señalarlo como norte de conducta y decir: la mirada fija "en la única cosa que merece la pena de tejas abajo, de puertas afuera: la patria nuestra, de nuestros mayores y de nuestros descendientes".

LEY ORGANICA PROVISIONAL DEL PODER JUDICIAL

Expuesto queda que esta ley, nacida a virtud de la aprobada en 23 de junio del mismo año, es la base de cuanto después se ha ido disponiendo y la que rige en la actualidad; por ello, al examinar el funcionamiento del Derecho vigente en la materia de nuestro estudio, se analizará detenidamente, bastando por ahora lo dicho a estos precedentes históricos.

Las disposiciones posteriores cabe dividirlas en cuatro grupos y se comprende, desde luego, sólo las más importantes en orden a la finalidad proyectada.

- A) Las publicadas durante la Restauración o Monarquía constitucional.
- B) Las de la Dictadura.
- C) Las de la República.
- D) Las del Movimiento Nacional.

A) Las publicadas durante la Restauración o Monarquía constitucional

Examinando el primer grupo, comienza con las disposiciones de la ley adicional a la Orgánica de 14 de octubre de 1882, que debió su origen a la trascendental reforma del procedimiento criminal; más por ir unida a la Ley Orgánica, sus disposiciones son adicionales de la misma y con ello habrá de ser analizada, ya que no cabe estimarla como elemento independiente.

La primera disposición que cabe examinar es el Real Decreto de 5 de enero de 1888 creando la llamada *Junta Calificadora del Poder Judicial*, formada por el Presidente, un Presidente de Sala, el Fiscal y dos Magistrados del Tribunal Supremo el Subsecretario de Gracia y Justicia y el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, con la doble finalidad de que por la misma se asesorara lo que estimara adecuado sobre las bases pendientes de discusión en las Cortes, a fin de reorganizar el Poder judicial; estimando un tan eminente jurisconsulto como su autor, Sr. Alonso Martínez, que a más de las opiniones de los Cuerpos colegisladores "era menester también buscar y obtener los consejos e informes de los organismos judiciales por medio de aquellos funcionarios a quienes su elevada y continuada aplicación de las leyes en los juzgados civiles y criminales ponen en mayor aptitud de conocer las verdaderas necesidades de la Administración de Justicia", agregando asimismo que se debía informar al Ministro las condiciones de los que

deseaban ingresar en la carrera judicial y fiscal y de los que ya en ella se encontraban, porque aun cuando la Magistratura española no era inferior, bajo ningún aspecto, a la de otros países y si digna y de excepcionales virtudes, era necesario se conociera sus condiciones personales, pues ninguna clase disfrutaba del privilegio de la impecabilidad de todos sus individuos, y bajo estos supuestos tan sólo, se desenvolvía su parte dispositiva.

Con ello no queda oculto que sobre constituirse esa Junta con elementos ajenos a la propia carrera, que era la única a dictaminar sobre esas cualidades de sus componentes, el modesto cometido que se le atribuía consistía en mera información al Ministro, que era el que resolvía, lo que obligó a algún publicista a llamar la atención de esa Junta para que no tuviera otra norma que la independencia del que se quería fuera Poder judicial, ante el temor de que la medida del Ministro viniera a aumentar la influencia del Poder ejecutivo, que calificaba de ingerencia avasalladora, quedando reducido frecuentemente la de aquél a la impotencia.

Efectivamente, el año siguiente se dictó otro Real Decreto en 24 de septiembre de 1889 (Canalejas), en el que se daban normas para la inamovilidad judicial y se regulaban los turnos para el ascenso y apreciación de méritos; se disponía cómo podían ser trasladados mediante expediente, a su instancia o por permuta, los que no hubieran ingresado por oposición, mientras no se dispusiera definitivamente las garantías de la inamovilidad judicial; pero tales disposiciones de inamovilidad lo eran sin perjuicio del resultado que ofreciera el informe de la Junta Calificadora, que había de continuar con toda actividad el examen de los expedientes personales, conforme al Real Decreto de 6 de febrero de 1888, antes citado.

Aquella Junta Calificadora fué ratificada por *Real Decreto de 8 de febrero de 1897* (Tejada Valdó era), estimándola muy acertada; pero añadía que convenía precisar y deslindar los distintos asuntos de que debía conocer, fijándolos en que serían sometidos a informe de la Junta los expedientes de ingreso en las carreras judicial y fiscal, los de vuelta al servicio de los apartados temporalmente por cesantía o renuncia, los de declaración de méritos; pero éstos sujetos al Real Decreto de 1889, que se había dado para esos efectos. Mas todos esos expedientes, así como las propuestas en las denuncias o quejas contra los funcionarios, lo habían de ser de los que previamente les hubiera remitido para ello el Ministerio de Gracia y Justicia.

En el Real Decreto de 1888 no estaba sometida la Junta a esta limitación, con lo que se advierte el acierto de los temores del publicista antes aludido, porque ya se cercenaban aún más las facultades meramente informativas, no nacidas de su propia iniciativa y sí sólo a requerimiento ministerial.

Con ello se entra en el siglo XX, que es donde se desarrolla más actividad en regular este organismo de inspección, y aunque no afecta a la creación directa del mismo y sí a su funcionamiento, debe expo-

nerse el Real Decreto de 21 de mayo de 1900, en el que se ordena, conforme al artículo 715 de la Ley Orgánica, visitas de inspección a la mayor brevedad para evidenciar el estado de la Administración de Justicia y proponer al Gobierno cuanto se estime conveniente a una reorganización judicial, basándose en que ya era hora que cesara la prolongada incertidumbre respecto del presente y porvenir de la Administración de Justicia, examinando la vida práctica de los Tribunales para encontrar remedio a sus deficiencias, extendiéndose en Real Orden de 23 del mismo mes amplios detalles de cómo había de llevarse a cabo.

Inspección Especial de Servicio Judiciales.—Por Real Decreto de 4 de enero de 1904 se crea este Organismo, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos de 1903, y es de especial importancia su contenido por las extraordinarias facultades que dicha Ley y el Real Decreto que lo desarrollaba, concedían a los funcionarios que componían la Inspección.

Así, después de constituir ésta a las órdenes del Presidente del Tribunal Supremo, independientemente de lo dispuesto en la Ley Orgánica, singularmente en su Título XVIII, con dos Magistrados del Tribunal Supremo, Inspectores generales, dos Magistrados de la Audiencia de Madrid y dos Jueces de término, Secretarios, presenta las especiales particularidades siguientes: En primer término se ordenaba la finalidad de inspección al conocimiento de la regularidad de los Tribunales y Juzgados en sus prácticas generales; las condiciones de aptitud y conducta del personal y, el examen de las quejas que se produjeran sobre el modo de proceder sin perjuicio del respeto debido a la independencia correspondiente a la acción meramente judicial; pidiendo para ello los antecedentes necesarios, girando visitas, dirigiendo escritos y observaciones a los Magistrados, Jueces, auxiliares y subalternos respecto al puntual y más acertado cumplimiento de sus deberes, amonestándoles privadamente, etc., etc., con una amplitud y detalle que hasta el momento no se había efectuado.

En segundo lugar, los Jueces afectos a la Inspección, además de poder visitar por orden del Presidente del Tribunal Supremo, Juzgados de categoría igual o inferior a la suya personal, podrían examinar los asuntos judiciales y hacer las advertencias que procedieran encaminadas a la regularidad de los procedimientos y a la justa observancia de los términos judiciales, especialmente en lo referente a los en que debe dictarse o ejecutarse las resoluciones, sin menoscabo de la independencia y responsabilidad de los Jueces propietarios, y los de la Inspección podrían sustituir, en casos de urgencia, enfermedad o vacante, a los de Primera Instancia de Madrid cuando el Presidente de la Audiencia lo estimaba conveniente al servicio, y podían, asimismo, ser nombrados Jueces especiales para lo criminal por la entidad a quien la ley confiere esta facultad, con asentimiento, en ambos casos, del Presidente del Tribunal Supremo.

Los Inspectores generales y los Inspectores visitarían ordinaria-

mente las Territoriales y Provinciales, respectivamente, y cuando así lo hicieren asuman total o parcialmente, según juzgaren conveniente, las atribuciones gubernativas y judiciales propias de su Presidente, pudiendo presidir con voz y voto el Tribunal Pleno, las Salas o Juntas de Justicia y las Salas de Gobierno, tributándoles en las Audiencias los honores propios de su Presidente.

Obsérvese la trascendental modificación, reveladora, cuando menos, de la necesidad en que se veían las Cortes y el Gobierno de tomar medidas tan extraordinarias y facultando en este caso, no a elementos extraños, sino a los propios componentes de la Carrera.

Este Organismo, que rigió nueve años, fué dejado sin efecto por Real Decreto de 13 de enero de 1913, en atención, según su preámbulo, a la supresión de sus créditos en la Ley de Presupuestos.

Consejo Judicial.—Real Decreto de 15 de mayo de 1917 (Ruiz Vilarino).

Después de consignar en su exposición los tan conocidos y repetidos conceptos de "que la suprema aspiración tocante a la Administración de Justicia, principal y más sólido fundamento del orden social, es que aquellos que la administren reúnan la, condiciones de saber, justificación e independencia que avaloran el ejercicio de su augusta función ante la conciencia pública", con cuanto más en estos preámbulos se venía diciendo, y de indicar que si bien es cierto que sus antecesores venían cercenando las facultades desde el año 1889, estableciendo que fuera la antigüedad en todos los turnos que dejaba la Ley Orgánica al arbitrio ministerial como, por último, lo disponía en Reales Decretos de 20 de junio de 1912 y 30 de marzo de 1915, hasta la categoría de Presidente de Sala de Madrid y Barcelona, esto no podía ser más que un remedio heroico porque impedía se utilizaran aptitudes especiales, y, en su consecuencia, para alcanzar tales fines se volvía al turno de elección y se constituía un Organismo compuesto, como dice el propio Ministro, en su mayoría, de personas extrañas a la Administración de Justicia en la siguiente forma: Presidente, Fiscal y un Magistrado del Tribunal Supremo y los Decanos del Colegio de Abogados de Madrid y de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y un Vocal de la Comisión de Códigos, con las siguientes atribuciones: evacuar consultas, formular propuestas para la buena marcha de la Administración de Justicia, significar conveniencias de que se giren visitas de inspección y propuestas de los funcionarios que debían ser promovidos en turno de elección, que era lo principal de todo el Real Decreto, que por significar un gran retroceso en éste y en los demás sentidos de la propia inspección, eleva en este momento de todo comentario.

El mismo R. D. posterior que lo derogó y que a continuación se expone, expresa en su preámbulo que ese Consejo Judicial fué muy discutido, y aunque seguidamente dejado sin efecto al mes siguiente, en 18 de junio del propio año de 1917, se hace especial mención de él, no sólo para conocer los vaivenes y contradicciones en asunto de tan es-

pecial importancia, sino porque sirvió de norma a posteriores disposiciones.

Al derogarse en la fecha antes expuesta por el citado Real Decreto que suscribió el Sr. Burgos Mazo, se restablecía en toda su integridad el de 30 de marzo de 1915, antes aludido, sosteniendo la antigüedad, dictado por el propio Ministro, y aunque no se trataba expresamente de organismo de inspección y si sólo de formas de proveer las vacantes, ascensos por antigüedad, etc., si se disponía también una vez más, que los Magistrados, Jueces y Fiscales no podían ser declarados cesantes ni suspensos ni trasladados, sino con sujeción a la Ley Orgánica.

Junta Inspector Central.—Se establece por Real Decreto de 29 de noviembre de 1920 (Ordóñez). Después de un extenso preámbulo haciendo referencia a sus precedentes y de afirmar los buenos resultados de la Ley de 1904 (Inspección Especial de Servicios Judiciales, antes referida) al organizar con carácter permanente la inspección, añadía que por haberse ésta suprimido en 1913 se volvió a la pasividad intolerable que se quiso remediar con ella, y ante la imposibilidad de continuar en una situación que acabaría por destruir los prestigios de los Tribunales, propone una reglamentación de lo prevenido en la Ley Orgánica mediante la centralización de las funciones directivas de inspección en un organismo hijuela de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, constituido por miembros de la Carrera judicial, que realicen por sí mismos y por los inspectores lo conducente a conocer las condiciones de los funcionarios y adoptar o proponer las medidas que mejoren, corrijan, premien o castiguen; pero que no se halle, como la establecida en el de 1904, con tal independencia y separación tan honda del Ministerio que no pudieran prestarse auxilio mutuo si la inspección y vigilancia había de tener verdadera eficacia, por todo lo cual se encaminaba la presente a seguir la Ley Orgánica, separándose de su órbita sólo en dos puntos: derogar la Junta Calificadora, que todavía presentaba virtualidad y crear los Tribunales de honor.

En dicho Reglamento se establece una Inspección Central en el Ministerio de Gracia y Justicia bajo la dependencia del Presidente del Tribunal Supremo, formada, a más de éste, con tres Magistrados Inspectores del mismo Tribunal de las Salas 1.^a, 2.^a y otro de lo Contencioso-administrativo, procedentes todos de la Carrera judicial y dos Abogados Fiscales Inspectores; y como auxiliar de este Organismo se crea en cada Audiencia Territorial una Inspección de distrito que será ejercida asimismo conforme a la Ley Orgánica, estableciéndose con gran detalle la forma de verificarse las inspecciones, visitas, expedientes, etcétera, debiendo destacarse que toda esa minuciosa reglamentación se refiere a acuerdos y propuestas que, hasta que las leyes no le den su valor, tendrían mero carácter informativo, pero, agrega, que muy autorizado.

Por Real Orden de la misma fecha, 29 de noviembre de 1920, se establecen normas para los nombramientos judiciales, sosteniendo el régimen de antigüedad y significándose los precepto de que las peti-

ciones habrían de hacerse directamente, tomándose en sentido desfavorable la intervención de tercera persona, al extremo de que, reiterada, podría anular la petición oficial, y que las solicitudes pasaban a informe de la Inspección de Tribunales, la cual habría de hacer declaración de aptitud, sin cuyo requisito no podría el Ministerio ascender a los que quedaban en esa libre disposición ministerial.

Mas esta Junta Inspectoría fué derogada en 4 de abril del siguiente año 1921 (Piniés), por razón de economía, según expresamente se consignaba en el preámbulo; pero no es inoportuno añadir que en la misma página de la *Gaceta*, y seguidamente, aparece otro Real Decreto estableciendo para la Administración de Justicia de Madrid y Barcelona servicios de taquigrafos, pidiendo a las Cortes para ello un crédito por la cantidad, para entonces no pequeña, de 90.000 pesetas, y asimismo, en esta disposición derogatoria del Real Decreto de 1920, se restabecía en su organización y atribuciones la Junta Calificadora del Poder Judicial, disuelta por dicha Real Orden.

Pero vuelto al Gobierno el Sr. Ordóñez, se dispuso al año siguiente, por otro Real Decreto de 29 de mayo de 1922, el restablecimiento de la tan repetida Junta Inspectoría de 1920, exponiendo que, aun cuando se acordó su derogación por falta de medios económicos y propósito de someter a las Cortes un proyecto de ley en tal sentido, no se desconocía su eficacia y utilidad y la apremiante necesidad de tal institución por lo que de nuevo se implantaba con alguna modificación, ya que no era factible que las Salas de Gobierno suplieran las funciones de un organismo especial. De no ser así, se reproducía el daño que se pretendía corregir por la multitud de los expedientes incoados y carencia de personal que ocasionaba retrasos, haciendo por tardía ineficaz la resolución, defraudando a la opinión pública, en atención a lo cual se presentaría a las Cortes un proyecto de ley modificando la Ley Orgánica, en cuanto a la corrección disciplinaria para conceder a la Inspección las atribuciones que estaban atribuidas a las Salas de Gobierno.

Esta es la labor durante el tiempo de la Monarquía constitucional, en la que queda bien demostrado por la fuerza irrefutable de los hechos cuanto se viene exponiendo a lo largo de estas líneas y cuya impresión no puede ser más deprimente al observar que en todo el transcurso de un siglo no se ha sabido encontrar la manera de que la Justicia que, como decían las Partidas, es "la cosa por que mejor y más enderezadamente se mantiene el mundo", tuviere los apoyos y desenvolvimiento que tanto se proclamaba necesitar.

Aparte de los concretos puntos en el haber de algunas buenas intenciones, en determinados gobernantes, que sin duda se veían ahogados en el ambiente que no les permitía más, en el período de la restauración (pues antes no se hizo más que emplear los ditirambos de las Constituciones, sin la menor aplicación práctica) el conjunto sintético y bien apreciado con la perspectiva del tiempo a la luz de una crítica seria e imparcial, no arroja saldo favorable.

Se creaban organismos que unas veces tenían las más variadas composiciones dentro de los funcionarios de la propia Carrera y otros con elementos ajenos, en ocasión, en mayoría, resultando que los Tribunales eran juzgados no por sus iguales según exigían los clásicos, sino por elementos ajenos del poder que se decía debía ser independiente.

En algunos momentos las funciones eran extensas y tendentes a una ligera autonomía, como la Inspección especial de 1904, tornándose casi siempre a la Ley Orgánica, que unos llamaban arcaica y otros que no la había gastado el tiempo; mas seguidamente se volvía a apretar los lazos de dependencia y se reducía a informar, proponer, aconsejar, pero no conceder facultades resolutivas y eficientes a la propia Inspección; y todo hecho y dicho además con la máxima soltura y claridad, porque una de las consideraciones que producían mayor desconcierto era la predicción de tanta libertad e independencia como se estimaba imprescindible y cuánto se decía y hacía en contrario. Se creaban y suprimían los organismos a que nos referimos y se cerraban y abrían los turnos de elección, a veces en plazos brevísimos, llevando a la firma del Poder moderador, al Monarca, con la mayor rapidez, la anulación de lo que poco antes reputábase excelente, que después se volvía a restablecer, según el aire imperante de política o de apreciación personal, basándose la derogación a veces en las penurias del Tesoro, cual si la entidad suprimida fuera una modesta oficina sin importancia o se invirtiera en ella cantidades que hicieran peligrar la economía de una nación, y no misérrimas asignaciones—no ocurriéndoseles el principio, en solemne acto expuesto, de justicia barata y jueces caros, y que el juez es lo más caro que debe pagar una nación si quiere que la justicia se aplique; y todo esto tenía lugar con la entidad y organismo que a todas luces y en discursos de aperturas, en preámbulos de leyes, en todo momento, se ensalzaba al límite, para después no guardar la menor congruencia con tanta predicción.

No sabemos si el Poder legislativo dominaba al ejecutivo y deshacía Gobiernos, o si el ejecutivo se sobreponía a aquél y disolvía a las Cortes: lo que sí sabemos es que existía, según todo aquel artefacto, un tercer Poder que no tenía ni la sombra de tal: vestido con gran aureola y objeto de los más encendidos cantos en las portadas de sus leyes, según las cuales era la esencia de la vida y de la sociedad, y de hecho, tan excelsa Poder, apartado y separado de la misma vida, sin dejarle moverse, y sus componentes soportando, como "in anima vili", todos los experimentos que se estimaban adecuados en tan varios momentos y ocasiones para sanearlos, que si ciertamente no acertaban con la solución mostraba públicamente, al reiterarse de tantas maneras, la necesidad de la reforma.

Esto de por sí ya era un síntoma bien claro de descomposición, aparte de otros muchos de diverso orden que no tenemos por qué examinar directamente, como el inicuo, así llamado por un Ministro de la Corona, tratado de París: la literatura e ideología enfermiza que renegaba de la tradición echando tres llaves al sepulcro del Cid: el ; Maura,

no!, con los continuos cambios de Gobierno; el concepto internacional que presentaba la estatua de Ferrer y las frases de un primer Ministro inglés, con la fuerza que entonces tenían sus palabras, hablando de naciones que "corren a un término fatal y ofrecen un terrible espectáculo a la porción viva del mundo", etc., y que motivaron el que se dijera que España era el esqueleto de un gigante y que se hallaba en período histórico análogo al reinado de Carlos II—, porque no se concibe que un pueblo con intentos de conservación, en el que reside todo poder, según se le predica constantemente, esté, en un transcurso tan largo de tiempo, oyendo y viendo lo que veía y oía en tono tan contradictorio sin sentir el sonrojo que el baldón producía, y en el que se utilizaba el arte de la retórica tal como decía Leibniz, "para extraviar el juicio y excitar las pasiones" sin nada constructivo y práctico, y donde el hombre que pronunciaba un discurso era feliz, sin que le preocupara el que su patria viviera sin brújula ni pulso, camino de la destrucción, lo cual, como era indefectible, por el fondo que hemos dicho tiene España para reaccionar, dió origen a la Dictadura del General Primo de Rivera, en un arranque patriótico para ver de encauzar la insostenible situación, que por lo que afecta a nuestro fin, tomó los derroteros que demandaba la lógica más elemental, en el momento en que desaparecía el inveterado obstáculo del Parlamento y se quería de verdad la independencia y responsabilidad de los funcionarios de la Administración de Justicia: establecer un Tribunal especial bien escogido, con facultades no mediatisadas, para sancionar lo que sancionable fuera y entregar toda la Administración de Justicia a sus propios componentes, con el propósito recto de entender que con ello se contribuía a la salvación de la Patria.

Cierto es, y ello demuestra la gravedad de la enfermedad española, que fuera del primer momento de exaltación típicamente española y del elemento sano, no pequeño ciertamente, había otro no pacífico que se enfrentaba, originando el caso por demás significativo de que el hombre de notoria buena fe que trató de salvar a España, empleando los medios que su natural buen criterio le aconsejaban, aunque con las naturales equivocaciones en todo lo humano, produjo tal cantidad de literatura en su contra como difícilmente la alcanzara el peor enemigo de nuestra Patria, clara demostración de que un siglo de ideas torcidas no desaparece ni peligrando el beneficio propio; y aunque se repitiera, como afirmaba el Conde de la Mortera, que el Gobierno de la Dictadura era tan legítimo como cualquiera Constitución, no se quería ver más que un golpe de Estado—with la miopía del doctrinario que confunde los medios con los fines, como si un golpe de Estado para salvar la propia existencia fuera el más execrable de todos los crímenes y se desconociera, en el país en que se dice arraigó más que en ningún otro el Derecho romano, el principio "salus populi suprema lex"—, con desaparición de los conocidos y vanos tópicos de las esencias liberales y se requería el retorno a la normalidad, a la normalidad, entre otras, de los pistoleros de los sindicatos y del cáncer africano.

B) Disposiciones publicadas durante la Dictadura

Junta Inspector del Personal Judicial.—Real Decreto de 2 de octubre de 1923 (Primo de Rivera).

Merecen reproducirse algunos extremos del preámbulo de tan importante disposición, que venía a cumplir uno de los aspectos fundamentales de la Dictadura, con relación a los Tribunales de Justicia a que antes se hizo referencia:

"Es propósito del Directorio Militar, por entender que con él presta a la función judicial la preferente atención que merece, reorganizar los Tribunales a quienes está encomendada la Administración de Justicia, para lograr así, entre otras ventajas, que la independencia, que por ser nota y condición fundamental para su recto ejercicio se establece en las leyes orgánicas, sea una garantía eficaz, una realidad viva, y no letra muerta, como actualmente ocurre, debido, entre otras causas, a la perniciosa influencia de bastardos intereses políticos.

"En consonancia con ese propósito, en breve se ha de someter a sanción los oportunos proyectos en que se contengan las reformas y medidas que en orden a tal materia son demanda unánime de la opinión pública, y también aspiración noble y legítima de casi toda la Magistratura. Pero antes de ello, y como labor previa, se hace necesario seleccionar rápida y energicamente el personal, al que por ministerio de la ley se le confiere tan augusta misión, separando a todos aquellos —los menos, sin duda— que con desdoro de la colectividad a que pertenecen, no son merecedores por su impura actuación, por su escasa moral profesional, de que se sometan a su juicio y resolución los derechos de los que acuden en demanda de justicia a los Tribunales, a quienes se confía la honra y la vida de los ciudadanos.

"Nadie mejor que la propia Magistratura, en que tan dignísimos e inteligentes funcionarios existen, para que pueda cumplir esa aspiración, misión eliminatoria, y a eso responde el presente proyecto."

Por él se creaba con carácter transitorio una Junta Inspector del Personal Judicial, compuesta de tres Magistrados del Tribunal Supremo y un Secretario de la categoría de Magistrado, con la misión de examinar, revisar y fallar cuantos expedientes y procedimientos de todas clases se hubieran incoado durante los cinco años anteriores para exigir responsabilidad civil o criminal a los Jueces y Magistrados de todas las categorías, cualquiera que fuera el estado en que se encontraren las resoluciones que se hubieren dictado, aun archivadas. La Junta resolvería la destitución del funcionario, suspensión o cualquiera otra medida de carácter disciplinario que se estimara justa después de oír al funcionario de la manera más rápida posible, remitiéndose al Presidente del Gobierno para su cumplimiento y ejecución, y así, de modo inmediato, se procedería en lo sucesivo.

Las resoluciones que la Junta dictare serían ejecutadas, una vez públicas, sin que contra ellas se pudiera interponer recurso alguno.

Los fallos habían de ser dictados conforme al recto juicio de los individuos que componían la Junta, apreciando las pruebas libremente, sin limitación alguna, con arreglo a su conciencia, quedando mientras tanto en suspenso la Ley Orgánica.

Junta Organizadora del Poder Judicial.—Creada por Real Decreto de 20 de octubre de 1923 (Primo de Rivera).

Después de exponer que es propósito fijo del Directorio Militar, por tratarse de una de las cuestiones más importantes y trascendentales para el país, la reforma de la Administración de Justicia, que, desgraciadamente, tan necesitada estaba de reforma, necesidad que había llegado a sentirse vivamente en todas las clases sociales; y de agregar seguidamente que, al par que la depuración de los funcionarios judiciales, se imponía la independencia de ellos en relación con los Poderes públicos, para que no resultaran ligados ni siquiera por el agradecimiento, y que para administrar justicia rectamente es necesario prescindir de simpatías, afectos y gratitudes, de todo lo que no sea poner la mira en la ley, rectamente interpretada, y en la moral, estrictamente cumplida, confiaba a la propia Magistratura su depuración, su reforma y su régimen, estando seguro de ella misma, pero alejándola de toda intervención política, de todo aquello que desgraciadamente había perturbado su vida y la seguirían perturbando si no hubiese resoluciones como la presente.

Y en su consecuencia, se creó la denominada Junta Organizadora del Poder Judicial, constituida por dos Magistrados del Tribunal Supremo, un Magistrado de la Audiencia Territorial, otro de la Audiencia Provincial y un Juez o, en su lugar, Fiscales, cuyos nombramientos se harían por elección, por medio de papeleta, votando cada uno a los de su categoría, y la Junta así nombrada haría la propuesta de todos los funcionarios de la Carrera, desde Juez de entrada a Presidente de Sala del Tribunal Supremo, con arreglo a la Ley Orgánica y disposiciones complementarias, usando ampliamente de las facultades discrecionales que éstas autorizan con arreglo a conciencia y sanos juicios, sin justificación de las resoluciones y sin otra mira que el propio bien de la justicia misma, con propuesta unipersonal respecto de todos los cargos de la Carrera judicial, y en terna para los del Ministerio Fiscal, pudiendo por una sola vez devolver las propuestas oponiéndose a ellas, y entonces la Junta haría otras designaciones que prevalecerían siempre.

Merece indicarse el Real Decreto-Ley de 1º de febrero de 1924, en el que se dispuso que el ejercicio de los cargos judiciales y fiscales era absolutamente incompatible con el ejercicio de cualquiera otra jurisdicción y con los cargos que señalaba; que tampoco podrían desempeñar donde ellos o sus parientes tuvieran bienes, en la forma que reseñaba, con otras limitaciones, estableciéndose la forma de tramitar los correspondientes expedientes, siendo de mencionar el fundamento de esta disposición, que se basa en el designio de afianzar la independencia del Poder judicial y robustecer el prestigio de los Tribunales para que puedan actuar eficazmente en la renovación de la vida nacional y velar la

estricta responsabilidad disciplinaria, agregando que el medio de enaltecer los prestigios judiciales es el de vigorizar el artículo 235 de la Ley Orgánica, muy especialmente el de su caso tercero, "cuyo precepto, si en época no remota ha sido arma de pasiones y baluarte de convencionalismos políticos no lo será en adelante, sin que las más agudas suspicacias de arbitrariedad puedan obscurecer las purísimas intenciones de justicia que este Gobierno ha puesto en la actuación".

Inspección Central de la Administración de Justicia.—Real Decreto de 18 de julio de 1924 (Magaz).

Según su preámbulo, no ofrece las necesarias garantías cualquiera organización de los Tribunales de Justicia que no descansen en la independencia absoluta de los funcionarios judiciales, y que el defecto de las normas establecidas para llevar a cabo esos servicios fué causa en repetidas ocasiones de que se atribuyesen a Jueces y Magistrados faltas de celo y actividad; que de diversas formas se atendió al remedio de este mal, prevaleciendo el criterio mantenido por la Ley Orgánica de que este mismo realizará de un modo permanente tan necesaria función. Mas consignado el principio, no se dotó a los encargados de realizarla de los medios necesarios para asegurar su eficacia, lográndose ésta en cuanto a las condiciones del personal mediante la brillante labor realizada por la Junta Inspectoría del Personal Judicial, creada por Decreto de 2 de octubre de 1923, bastando sólo una acción regular y metódica para que los saludables efectos de aquella disposición perduraran en lo sucesivo, y por ello se dispone:

Que la inspección y vigilancia corresponde especialmente al Presidente del Tribunal Supremo, sin perjuicio de las atribuciones que a las Salas de Gobierno y de Justicia y Jueces confieren las leyes, pudiendo visitar por sí mismos todos los Tribunales y Juzgados, inspeccionar todas las oficinas de la Administración de Justicia o encomendar visitas o inspecciones especiales o extraordinarias a Jueces y Magistrados, correspondiendo las mismas facultades a los Presidentes de las Audiencias Territoriales respecto de los Juzgados y Tribunales que existan en su territorio jurisdiccional; y para que sea continua y eficaz esa inspección y vigilancia que les impone los artículos 584 y 586 de la Ley Orgánica se constituya una Inspección Central y las Regionales correspondientes. Aquélla, compuesta de tres Magistrados del mismo Tribunal, con el carácter de Inspectores generales, y de tres Inspectores, que habrán de ser funcionarios de la Carrera judicial a las órdenes del Presidente; y las Inspecciones Regionales, del Presidente y de un Magistrado del mismo Tribunal, con el carácter de Inspector regional, auxiliado por el Secretario de Gobierno.

Los Inspectores adscritos a la Inspección Central, con el Fiscal del Tribunal Supremo, se constituirán en Junta con el carácter de Inspectores de la Administración de Justicia para ejercer las funciones atribuidas a la suprimida Junta Calificadora del Poder Judicial, creada por Real Decreto de 6 de febrero de 1888, así como todas las demás

encomendadas por disposiciones especiales a la actual Junta Inspectoría Central de la Administración de Justicia.

La Inspección tiene por objeto, entre otros, el conocimiento de la regularidad con que funcionan los Tribunales y Juzgados; las condiciones, aptitudes y conducta del personal de Justicia y el examen de las quejas que en el orden gubernativo se produzcan sobre el modo de proceder por Magistrados, Jueces y Auxiliares, sin perjuicio del respeto debido e independencia correspondiente de la acción meramente judicial.

Cuando los Magistrados Inspectores visitaren una Audiencia tendrán la consideración y atribuciones de sus Presidentes, cuyas funciones podrán asumir total o parcialmente; pero no tomar parte con su voto en la resolución de asuntos, así civiles como criminales, que sean de la competencia del Tribunal de Justicia. Los visitadores de Juzgados no intervendrán en el curso y dirección de los asuntos judiciales, pero podrán examinarlos para hacer las advertencias que procedan, encuadradas a la regularidad de los procedimientos y a la puntual observancia de los términos judiciales, sin menoscabo de la independencia y responsabilidad consiguiente de los Jueces propietarios, siendo acatados dichos visitadores por los Jueces y Auxiliares, de la propia manera que los Presidentes de Audiencia.

Los Inspectores en concepto de Delegados de los Presidentes del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales ejercerán cuantas atribuciones gubernativas fueren necesarias para el éxito de la inspección y efectividad de la vigilancia sobre la Administración de Justicia y funciones que se les señalen, entre ellas, corregir por si mismos las infracciones a las reglas de orden y régimen interior de los Tribunales; la omisión o defectuosa forma en que se lleven los libros y registros; atrasos en la tramitación de expedientes gubernativos; falta manifiesta en los términos judiciales; así como las de celo que revelen el no haber sido éstas corregidas por quien debiera hacerlo, y las injustificadas de ausencia durante la visita o que ésta ponga de manifiesto, pudiendo los Magistrados Inspectores imponer en el acto de la visita, y por lo que de ella resultare, las correcciones de advertencia, apercibimiento, repremisión simple y repremisión calificada y suspender provisionalmente de funciones al visitado hasta que resuelva el Superior a quien corresponda corregirlas.

Por último, las Salas de Justicia ejercerían su inspección en los negocios civiles o criminales de que conozcan, en la forma prevenida por las leyes procesales, y en cuanto a las faltas y omisiones en que hayan incurrido los Tribunales y Juzgados en los asuntos de su respectiva competencia, en el caso de que los superiores a los que está encomendada la jurisdicción disciplinaria, no hayan llegado a conocer de las actuaciones, podrán, ello no obstante, corregirlas a requerimiento de los Presidentes o Fiscales de los Tribunales o de los Magistrados Inspectores o Visitadores ante de transcurrido el término de dos años desde que dichas actuaciones quedasen fenecidas, a cuyo efecto reclamarán

para proceder en la forma que determinan las leyes de Enjuiciamiento, aparte de dar cuenta a la Inspección Central de cuantas correcciones impongan, a excepción de las de simple advertencia.

Consejo Judicial.—Real Decreto de 21 de junio de 1926 (Ponte).

En su preámbulo se expone que con el laudable deseo de enaltecer los prestigios del Poder judicial, rigen actualmente diez posiciones diversas que conviene refundir en una para mejorar los preceptos vigentes, según la experiencia aconseja, y a esta conveniencia responde la desaparición de dos organismos tan importantes como la Inspección Central de la Administración de Justicia y la Junta Organizadora del Poder Judicial, y la creación del Consejo Judicial, organismo éste ya propuesto en los proyectos de 1916 y 1918, y que logró nacer mediante el Real Decreto de 17 de mayo de 1917; pero con vida tan precaria, que murió derogado treinta días después, sin haber llegado a funcionar, ofreciéndose ahora su creación con garantía de vida sana por la inamovilidad y máxima autoridad de que se le reviste, siendo sus características diferenciales del que tan efímera vida logró; de una parte, la de que no le falta lo que se alegó para derogarle, o sea, la atribución de velar por el decoro de los funcionarios judiciales y eliminar dentro de éstos a aquellos acerca de los cuales adquiera la convicción moral de no ser dignos de seguir perteneciendo a Carrera tan prestigiosa, y de otra, la de prescindir, para integrarlo, de personas ajena a la Magistratura, confiando sólo a funcionarios de su propio seno la depuración más acabada, conforme al elevado espíritu que inspiró los Decretos dictatoriales de 3 y 20 de octubre de 1923. Que por lo que hace relación a las funciones de inspección, no era necesario modificar sustancialmente lo establecido, porque el Real Decreto de 18 de julio de 1924 marcó buena orientación al volver a la Ley Orgánica, que confía a los Presidentes de los Tribunales la inspección y al mismo tiempo centraliza los resultados y la dirección de todas las inspecciones en un Organismo. Pero si deben ser objeto de importantes modificaciones las funciones encargadas a la Junta Organizadora del Poder Judicial al traspasarlas al Consejo Judicial. Nobilísimo y levantado el propósito creador de la Junta Organizadora del Poder Judicial; pero diversas circunstancias han impedido que el resultado correspondiera a los propósitos. De una parte, la última lucha electoral, así pudo llamarse para la constitución de la Junta, evidenció los peligros de someter al sufragio de funcionarios diseminados por todo el país la designación de los que en lo sucesivo hubieran de resolver sobre sus destinos. De otra parte, no deben dejar de señalarse riesgos para la disciplina indispensable en la Carrera judicial originados por el hecho de que funcionarios de categorías inferiores decidan los ascensos de los de categorías superiores, aparte de otras muchas razones expuestas en dicho preámbulo, que demuestran las dificultades que nacían de su disposición, por lo que el Gobierno recababa para sí la provisión de los destinos judiciales, sin tener que sujetarse a las solicitudes de los interesados, siendo la única intervención que respecto a ello se concede al Consejo

el fiarle la declaración de aptitud para los ascensos, garantía de que la provisión de destinos ha de inspirarse en los intereses de la justicia, atendiendo después a los de los funcionarios.

Por todo ello se dictó el expresado Real Decreto y su Reglamento aprobado por Real Decreto de 22 de noviembre del mismo año, por los cuales se crea el Consejo Judicial, quedando disueltas la Junta Organizadora del Poder Judicial y la Inspección Central de la Administración de Justicia, cuyas atribuciones y facultades asumía aquél en la forma siguiente: El Consejo Judicial es el organismo superior del Poder judicial en el orden gubernativo y en el disciplinario, salvo el Tribunal Supremo en Pleno o la Sala de Gobierno del mismo, en cuanto sea de la exclusiva competencia de éstos, y estará integrado por nueve miembros: Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá; y Consejeros natos los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo, que procedan de las carreras judicial o fiscal; el Magistrado más antiguo de la categoría y el de mayor tiempo de los de servicios en cargos judiciales o fiscales, que pertenezcan al mismo Tribunal y sean de la procedencia expresada; el Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid y el Juez de Primera Instancia Decano de la misma capital. El resto, hasta completar el número de miembros, será nombrado libremente entre los funcionarios de la carrera judicial con destino permanente en Madrid.

Son atribuciones de este Consejo Judicial velar por el prestigio de los Tribunales y Juzgados y de los Magistrados y Jueces que lo integra, cuidando de que, tanto en la vida oficial como en la privada, todos mantengan merecidamente la integridad de su buena fama, procurando la vindicación de ésta cuando sea injustamente atacada, y el premio de los actos meritorios y la corrección y castigo de los actos, descuidos y omisiones que tal merezcan, pudiendo constituirse en Tribunal de Honor para la mejor efectividad de esta misión, juzgando la conducta de cualquier Juez o Magistrado por actos u omisiones que no tengan sanción expresa en las leyes penales en forma que se determinará. Será también atribución del Consejo velar por que no sufra merma el prestigio de los Tribunales por falta de aptitud suficiente en los Magistrados y Jueces que los integran para el ejercicio de sus funciones, y a tal efecto podrán instruir expedientes en los que por los medios que estimen oportunos comprueben la intervención real de los residenciados en las actuaciones que les están encomendadas, estimando siempre falta grave confiar a los Secretarios o a otras personas la redacción de la resoluciones que tenga el deber de dictar por sí.

Continuarán en vigor los preceptos del Real Decreto de 18 de julio de 1924—por lo que se han reseñado con algún detalle—, en relación con los de la Ley Orgánica del Poder Judicial, correspondiendo al Consejo Judicial todas las facultades y atribuciones que ahora corresponden a la Inspección Central y a la Junta Inspector de la Administración de Justicia.

Con lo expuesto se ve que son cuatro las disposiciones fundamentales dadas por la Dictadura a los fines que examinamos y que de-

muestran que la misma enfocaba con el mayor deseo de acierto la reforma para que de una vez y definitivamente se resolviera el problema de la Administración de Justicia, tan reiteradamente buscado por unos y por otros, y la primera medida, tan luego se hizo cargo del Poder, fué depurar la Carrera judicial en la forma y circunstancias expuestas.

No se trata de recordar cosas pretéritas por el gusto de removérlas, la impone la necesidad de no omitir lo que en todos los tonos se decía por cuantos gobernantes se ocupaban de ello sin decidirse a nada positivo, limitándose a apuntar y acusar genéricamente, con lo que se empañaba la limpia reputación de los más y sin arbitrar remedio, antes por el contrario, contribuyendo al mal a veces con intervenciones censurables, al extremo de que no pueden olvidarse aquellos expedientes gubernativos, privados de eficacia por presiones superiores, que a veces llegaban a obligar a que las propias Salas de Justicia criminal hubieran de acogerse a las disposiciones que regulan el sistema acusatorio para salvar su actuación y su conciencia.

Se imponía la aplicación del bisturi, y como se acertó en lo más importante, que era la designación de las personas felizmente escogidas y al procedimiento rápido y sencillo se agregó el efecto directo y eficaz como jamás se había hecho ni intentado, no dejando en manos del Poder ejecutivo sino simplemente una sentencia a ejecutar inexorablemente, el resultado fué claramente positivo.

No ocurrió lo mismo con la otra disposición, harto plausible, de entregar de igual modo a la propia Carrera su organización, porque en vez de acudirse a un corto y escogidísimo personal que supiera dirigir y encauzar una libertad de la que nunca se había disfrutado y que, por tanto, carecía de entrenamiento para volar, se acudió al equivocado sistema de la elección, que lleva en si mismo el principio del desacuerdo y, más, atribuido a un cuerpo que sobre verse desnaturalizado en sus fines de serenidad y sosiego que deben ostentar sus componentes, entregándoles a los ardores de una lucha electoral, como la llamaba el Ministro D. Galo Ponte, podría verse expuesta a los peligros de la indisciplina; y, como es natural, sobrevino el fracaso y hubieron de volver, las funciones entregadas, al Ministerio de Gracia y Justicia.

Respecto de las otras disposiciones, la Inspección de Tribunales y el Consejo Judicial, aun cuando fueron, desde luego, un alto en la valiente marcha iniciada al comienzo de la Dictadura, no llegándose en la creación del elemento Inspector a las consecuencias debidas y que tanto facilitaba el propio ambiente, quedando formado el Consejo Judicial como uno de tantos organismos, poco más o menos como los que le venían precediendo con el nombre consabido en sus resoluciones de la Ley Orgánica, no faltaron notas de avance y de alguna eficiencia, como autorizar a los Inspectores a asumir las funciones del Presidente de la Audiencia, pudiendo, además, imponer por sí mismos en ciertos casos diversas correcciones disciplinarias y disponer sanciones de lo no corregido por las Salas de Justicia, puntos éstos que marcan la pauta del camino que debe seguirse.

C) Disposiciones publicadas durante la República

Derogación del Consejo Judicial.—Por Decreto de 19 de mayo de 1931 (De los Ríos) se deroga el Consejo Judicial creado en 21 de junio de 1926 y se restablecen en todo su vigor los títulos XIV y XVIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial, disponiendo que los servicios de inspección y vigilancia de los Tribunales pasarían al conocimiento de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y a su Secretaría de Gobierno la dotación del personal de la misma. Se alegaba como fundamento que era un deber del Gobierno hacer desaparecer los organismos que fueron creados durante los pasados Gobiernos dictatoriales sin justificación suficiente; que el Consejo Judicial vino a asumir la función inspectora de la Administración de Justicia y a desempeñar la jurisdicción disciplinaria que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuía a las Presidencias y Salas de Gobierno de los Tribunales superiores, que no pudieron nunca ejercerla con eficacia por carecer de los elementos indispensables de personal y material y que luego se otorgaron con la amplitud precisa a la Inspección de Tribunales, primero, y al Consejo Judicial, después, por lo que nada justificaba la subsistencia de semejante organismo, que no contaba con la aprobación ni con el apoyo de la inmensa mayoría de la Magistratura; que, por el contrario, la condena y pide su inmediata disolución, por lo que, coincidente el criterio y parecer del Gobierno con la inmensa mayoría, se acuerda la expresada disolución.

Comisariado del Gobierno.—Por Decreto de 23 de agosto de 1932 (Albornoz). En su exposición se dice: La Ley Orgánica encomienda la inspección y vigilancia a los propios Juzgados y Tribunales, mas paralelamente atribuye una doble función de idéntico carácter a los órganos del Gobierno, ocurriendo lo mismo en cuanto se refiere al ejercicio de la potestad disciplinaria desenvuelta por dicha Ley, que unas veces atribuye la jurisdicción a las Salas de Gobierno de las Audiencias y del Tribunal Supremo y otras al Consejo de Ministros, asesorado por el Consejo de Estado, obedeciendo esta dualidad de funciones a la necesidad de permitir que el propio organismo judicial se depure a sí mismo, poniendo en juego su propia defensa y otras a la conveniencia de abrir cauce a una posible acción de gobierno que ayude a esa función normal del organismo judicial. Que desde 1888 se ha venido intentando unificar las expresadas funciones, sin que los diversos ensayos realizados dieran el resultado apetecido, porque ni la Junta Calificadora de la Administración de Justicia de aquella fecha, ni la Inspección de Tribunales que la sustituyó en 1922, ni la Junta Organizadora del Poder Judicial creada en 1924, ni el Consejo Judicial creado en 1926, tuvieron la eficacia deseada, y por ello, el Gobierno de la República, al disolver este último organismo restablece la dualidad de las funciones, que emana de 1870, estableciendo el órgano adecuado para que el Ministerio de Justicia pueda cumplir las obligaciones que la Ley le encomienda respecto a la inspección y vigilancia de los Tribunales y Juzgados en

contacto directo con dicho Ministerio, y con ello conocerá al detalle la realidad de la vida judicial, siendo la función de este organismo meramente informativa, sin facultad disciplinaria, y a tales efectos crea, con carácter permanente, para hacer efectiva la función inspectora que compete al Gobierno, a tenor de lo dispuesto en el artículo 729 de la Ley Orgánica, tres Comisarios Inspectores con categoría y consideración de Magistrados del Tribunal Supremo, elegidos libremente por el Ministro, que dependerán directamente del Ministro de Justicia, y los cuales visitarán anualmente en visita ordinaria todas las Audiencias de la Nación, y en visita extraordinaria inspeccionarán los Juzgados y Tribunales que ordene el Ministro cuando lo estime conveniente, o aquellos que los propios Comisarios consideren necesario, teniendo por objeto el conocimiento y forma en que se hallen instalados los Juzgados y su funcionamiento; prácticas generales que se sigan en los mismos, condiciones, aptitudes y conducta de los funcionarios judiciales, fiscales y auxiliares, a más del alcance y extensión que las visitas extraordinarias ordene el Ministro. Y para el cumplimiento de ello podrán examinar los procesos criminales o civiles fenecidos o pendientes, sin alterar, en cuanto a éstos, la normalidad de su curso; para examinar libros y documentos, pedir antecedentes y cuantos datos e informes necesiten, redactando una Memoria expresiva del resultado de cada visita.

Ley sobre jubilaciones de los funcionarios de las carreras judicial y fiscal.—Por Ley de 8 de septiembre de 1932 se decretaba que podrían ser jubilados, cualesquiera que fuera su edad, a su instancia o por resolución del Gobierno, todos los Jueces de instrucción, Magistrados y funcionarios del Ministerio Fiscal, con cierta determinación de sueldos y clases pasivas que en el mismo se expresaban, quedando derogadas cuantas disposiciones se opusieran a la misma, disposición que empezaba a regir en 1.^º de enero de 1933, y como consecuencia de dicha ley fueron muchos los funcionarios jubilados sin formación alguna de expediente.

Posteriormente, por Ley de 13 de diciembre de 1934 (Presidencia del Consejo de Ministros. Lerroux), se dispuso que el Gobierno procedería a revisar y anular o no, según lo dispuesto en esta ley, las resoluciones dictadas de oficio y sin previa formación de expediente, con arreglo a las Leyes de 11 de agosto, referentes a la separación, jubilación, traslado y postergación de funcionarios públicos a instancia del funcionario afectado, que había de solicitarlo del Ministerio respectivo, y cuyas disposiciones eran aplicables a todos los funcionarios de cualquier clase de los distintos Departamentos ministeriales, excepto el personal de Guerra y Marina.

Derogación del Comisiariado del Gobierno.—Por Decreto de 10 de marzo de 1934 se deroga el anterior del año 1932, siendo interesante conocer el fundamento de esta disposición, diciéndose por el Ministro Sr. Alvarez Valdés lo siguiente:

“El Decreto de 23 de agosto de 1932 representa una interpretación errónea del artículo 729 de la Ley Orgánica. La redacción de este precepto indica bien a la claras que no puede cimentarse en su texto una organización inspectiva sobre Administración de Justicia con carácter permanente. Esa disposición legal no es otra cosa que el reconocimiento expreso de que la potestad ministerial alcanza a nombrar, cuando circunstancias especiales lo demanden, uno o más Comisarios que visiten los Juzgados y Tribunales, siendo, por tanto, una facultad de excepción que quizá no haya sido utilizada ni bajo la efímera vigencia de la Constitución de 1869 ni durante el largo período en que rigió el Código fundamental de 1876, no obstante ser verdad, por nadie desconocida, que en esa última época era palmaria la relación de dependencia en que se hallaban los organismos judiciales respecto al Ministerio de Justicia, por lo que reconoció de un modo explícito la plena independencia de los Jueces el artículo 94 de la Constitución de la República, y que esa independencia debía traducirse en una completa abstención del Poder ejecutivo en el desarrollo de la función judicial, y que cohibirla de un modo constante, con la inclusión de un organismo inspector que no dependía directamente de los superiores jerárquicos de los inspeccionados, es algo que no puede conciliarse con el elevado propósito que inspiró la labor de las Constituyentes. La inspección y vigilancia de la Administración de Justicia está encomendada de un modo permanente a los Presidentes y Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores, y la forma de un normal desenvolvimiento detalladamente regulado en los artículos 710 y siguientes de la citada ley, y al asignar análoga función al Ministerio de Justicia se olvida que es primario deber de este Departamento respetar la autonomía judicial que en forma tan categórica se declara en el texto constitucional, y por ello se decreta que cesarán en sus funciones los Comisarios inspectores al día siguiente de aparecer el Decreto en la *Gaceta*. ”

La Magistratura en relación con las regiones autónomas.—En 29 de septiembre de 1934 (Samper, Presidente del Consejo de Ministros) se dicta un Decreto de especial significación, que no puede omitirse. En su preámbulo se expresa que la comunicación dirigida por el Consejero de Justicia de la Generalidad de Cataluña al Presidente de la Audiencia de Barcelona, formulando declaraciones nominativas de desconfianza contra determinados funcionarios judiciales e invitaciones al cese en el ejercicio de sus cargos, ha venido a promover de nuevo la preocupación de garantizar la independencia del Poder judicial, tan necesaria dentro de la República, que tiende a asegurar los artículos 94 y 198 de la Constitución y 221 y siguientes de la Ley Orgánica, siendo atentatorio contra sus principios la “inmisión” de los Gobiernos en las funciones de los Jueces y Magistrados por medio de exhortaciones comunitarias y, por lo tanto, coactivas encaminadas a producir su cese y expuestas a quebrantar la autoridad y el prestigio de tales

funcionarios; por ello, cuando cualquiera de los miembros de la Justicia española, sea cual fuere la parte del territorio nacional donde ejerza sus funciones, incurra en motivos de censura o responsabilidad, medios adecuados ofrece la Ley Orgánica y, en su caso, la Constitución para la corrección de sus faltas y eficacia de las sanciones que ellos merezcan; y si bien es cierto que con relación a Cataluña la Administración de Justicia ha sido confiada a la Generalidad, pero lo ha sido mediante la subordinación de estos servicios a los preceptos de la Constitución y de las leyes orgánicas del Estado, por lo que se decreta que todas las reclamaciones, quejas u observaciones que los Gobiernos de la República y de las regiones autónomas se crean en el caso de formular respecto de algún funcionario de la Administración de Justicia, con excepción de los que integran el Tribunal de Casación de Cataluña, sobre materias que afecten al orden gubernativo o disciplinario y, por lo tanto, a su conducta en el ejercicio de su cargo, deberán dirigirse para su conocimiento y tramitación al Presidente del Tribunal Supremo.

Reglamento orgánico de la Inspección Central de Tribunales de 29 de agosto de 1935 (Casanueva).—Por último, la República en esta fecha dicta el Decreto aprobando el Reglamento de la Inspección, en el que se establece particularmente en tal organismo la intervención de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo con otras disposiciones que señala, que por estar en gran parte vigentes serán objeto más adelante de examen, bastando en este momento hacer indicación de su interesante preámbulo, exponiendo: "Que la legislación de la República ha ido emancipando la Administración de Justicia a que estuvo constantemente sometida por parte del Poder ejecutivo, mostrando claramente hasta qué punto busca esa independencia el Poder público, la admisión del principio de antigüedad rigurosa para la provisión de los cargos judiciales, el mayor arbitrio judicial y mayor extensión concedida a la actuación de los Tribunales, y el proyecto pendiente del Parlamento desarrollando el artículo 94 y siguientes de la Constitución para que quede libre de toda dependencia y sujeción al Poder ejecutivo; pero que en aquella medida que aumenta la autoridad e importancia de la labor judicial, así como la independencia de los Jueces su aplicación e interpretación de la ley, aumenta también la responsabilidad moral y jurídica de su conducta por ser graves los estragos que causa en la sociedad, muy pocos por fortuna, que no están a la altura de su misión."

"Es necesaria una actividad inspectora energética que realice en los miembros de la carrera judicial la selección rigurosa que impone lo elevado de la función, y que no puede obtenerse mediante los rigores del examen para el ingreso en la carrera, por grandes que sean. Es indispensable una inspección que estimule, permanente y eficazmente, la diligencia de Jueces y Magistrados para el rápido despacho de los asuntos de justicia, y que, dedicada exclusivamente a esa misión, contribuya, señalando defectos y rutinas e indicando mejoras, a la reforma

gradual de administración de Justicia. Nadie con más autoridad para realizarla que los propios funcionarios de la carrera judicial, ni nadie mejor que ellos para que se lleve a cabo con las máximas garantías de independencia y acierto, a salvo de intromisiones que siempre habrían de resultar perturbadoras. La realidad demuestra, sin embargo, y el Ministro que suscribe se encuentra en el deber de manifestarlo así, que hasta el momento presente la selección del personal judicial la ha realizado casi exclusivamente el Poder ejecutivo, con aquellos gravísimos quebrantos que son ineludibles cuando así ocurre, y que el Ministro firmante de este Decreto considera indispensable evitar en lo sucesivo."

Como se advierte, existen en la República dos períodos claramente distintos: uno, que resalta en sus primeros tiempos, tan desatentado que no parecía obedecer más que a una febril actividad de deshacer cuanto se había anteriormente construído, aunque fuera acertado, sin el menor sosiego ni ponderación, como si las turbas, a quienes se les dió todo hecho, fueran los dirigentes supremos; y otro, el de los que querían encauzar lo que no era posible por tantas razones que ahora no son de exponer.

De aquella primera fase nace el que el régimen republicano—que se enfrentaba contra la irregularidad jurídica del golpe de Estado y se apoyaba para nacer en contradicción tan patente, dentro de su propia doctrina democrática, en la mayoría de unos votos urbanos y juzgaba a unos gobernantes sin leyes preestablecidas para ello—, no sólo caiga en el mismo defecto que criticaba referente a las depuraciones llevadas a cabo por la Dictadura, cuando concedió el que los funcionarios afectados por aquéllas pudieran reclamar, sino que al efectuarlo, así como al establecer los Comisarios del Gobierno, barrena en su propia esencia toda la independencia del Poder judicial, que se venía con tanta insistencia repitiendo como precisa en las Constituciones (desde luego, en la republicana), Leyes y Decretos, proclamando, sin duda, que esa independencia era excelente para consignarla en las disposiciones, más no para acatarla el régimen republicano.

La Dictadura encomendó a los propios Tribunales la misión depuradora, los cuales, en forma adecuada y oido el interesado, fallan lo que estiman en justicia. La República atribuye por una ley al Poder ejecutivo el que jubile a cuantos Jueces, Magistrados y Fiscales le parezca oportuno, y así lo efectuó el Ministro de Gracia y Justicia, y con ese procedimiento separó a muchos funcionarios de las clases expresadas en varias tandas. Sin intervención alguna judicial ni del interesado, lo cual llevaba implícito tanto la destrucción de la independencia dicha como el propio daño de los afectados y el estigma, además de involucrar ante el concepto público, a los correctos que eran los más, con los pocos que justamente merecían la sanción y que en otra forma debiera ser ejercitada.

Asimismo se toma la otra medida tan extraordinaria como la del

Comisariado del Gobierno, atribuyéndose el Poder ejecutivo una inspección que siempre ha de radicar en los propios Tribunales, fundado en un precepto que ni lo autorizaba ni nunca se había aplicado, precisamente por no estimarlo base de semejante inspección permanente aun Gobiernos no cortos en intervenir la función judicial; pero cuya mayor refutación se lee en el preámbulo del Decreto dejándolo sin efecto, debido a Ministro que por su funciones propias—Juez de Primera Instancia y Secretario judicial—conocía a fondo el problema. Los demás gobernantes de ese período dejaron sin efecto también lo mismo las jubilaciones dichas que la intromisión, tan impertinente como infundada, del Gobierno de la Generalidad catalana, que imitando el fúnebre ejemplo dado por el Gobierno central pretendía, con su osadía habitual, rechazar los funcionarios que no le agradaban, y cuyas resoluciones derogatorias del propio Gobierno de la República fueron la mayor prueba de la arbitrariedad de sus primeros tiempos, siendo muy de remarcar lo expuesto por el Ministro Sr. Casanueva—Juez de Primera Instancia y Notario—en su Decreto sobre Inspección de que la Administración de Justicia estuvo constantemente sometida al Poder ejecutivo, lo mismo que había dicho la Dictadura, rectificaciones todas que no fueron más que un frenazo en la pendiente que el régimen tenía que llevar por los claros principios que la historia enseña; siendo, por otra parte, incomprendible la actitud de las minorías rectoras de derechas en nuestro país, que pretenden colaborar con lo malo, al fin, según ellas, de encauzar sus resultados o por lo menos neutralizarlos, sin comprender que carecen de la fuerza que el momento exige y que el monstruo devora a todos, y, en cambio, cuando se trata de regímenes y principios sanos, como los que la Providencia ha deparado en estos últimos tiempos a España, faltan las asistencias y se ven sus gobernantes y actuaciones “con el cerco de los silencios hostiles”.

D) Disposiciones dictadas durante el Movimiento Nacional

Por ley de 28 de agosto de 1938 se derogan los Decretos de 6 de mayo de 1931, 8 de octubre de 1932 y 13 de junio de 1936, quedando separados de sus cargos todos los Presidentes, Magistrados y funcionarios del Ministerio Fiscal que componían el Tribunal Supremo, con lo cual desapareció la Inspección de Tribunales, y se establece un Tribunal Supremo con carácter provisional para conocer en la forma que expresa.

Ley de 17 de julio de 1945.—Reorganiza el Tribunal Supremo y la Inspección de Tribunales, después de exponer que:

“El Tribunal Supremo de Justicia, desde que en nuestra patria fué creado en 1812 como Centro de Autoridad en que vinieran a converger todas las ramificaciones de la potestad judicial, ha sufrido muy variadas y distintas transformaciones, tanto en la composición de sus

Salas como en la forma de ser nombrado los Magistrados integrantes de las mismas. La última de estas reorganizaciones tuvo lugar por ley de 27 de agosto de 1938, que estableció como sistema de provisión de vacantes, de forma provisional y transitoria, la propuesta en terna por el propio Alto Tribunal de aquellas personas idóneas, a su juicio, para el desempeño de tales cargos. Finalmente, otra de las bases primordiales sobre las que debe descansar un sistema perfecto de organización judicial es una eficaz e idónea inspección de sus servicios. Tal como hasta hoy es llevada a cabo acusa deficiencias que pueden subsanarse mediante la creación del adecuado órgano inspector, dependiente siempre de la suprema jerarquía del Presidente del más Alto Tribunal de la nación."

Por la misma se modifica la forma de propuesta en terna que venía haciéndose por el Pleno del Tribunal Supremo y vuelve al Gobierno la designación de sus Magistrados, aunque precedidos de informes en algunos casos, y en cuanto a la Inspección establece que a la misma corresponde:

"La inspección y vigilancia sobre la Administración de Justicia en todos los Tribunales de la nación, de la jurisdicción ordinaria, compete al Presidente del Tribunal Supremo, y, bajo la superior autoridad del mismo, a los Presidentes de las Audiencias Territoriales, que tendrán la calidad de Inspectores regionales en el ámbito de sus respectivos territorios. Las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, las de las Audiencias Territoriales y los Jueces de Primera Instancia e Instrucción, conservarán las facultades de orden disciplinario que les están atribuidas por las disposiciones vigentes. A las inmediatas órdenes del Presidente del Tribunal Supremo funcionará una Inspección Central, que será desempeñada por dos Magistrados de categoría de término, consagrados exclusivamente a dicho cometido, con el nombre de Inspectores Delegados y que serán designados por el Ministro de Justicia, previo informe y propuesta del Presidente del Tribunal Supremo. Todo lo referente al funcionamiento, competencia y ejercicio de la Inspección se regirá por los preceptos de la Ley Orgánica de 1870, en concordancia con las demás disposiciones vigentes en la materia, que no resulten expresamente modificadas por esta ley."

Estableciéndose por la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 la reorganización de la Justicia Municipal, que fué desarrollada por Decreto de 8 de noviembre del mismo año, así como su inspección.

No hemos de detenernos en examinar por qué y cómo tuvo lugar el Movimiento Nacional que salvó a España, ni aludir a las monstruosidades de la zona roja, que ostentaba una Constitución y unas leyes que debían ser para la aplicación del Derecho, pero que vieron el asiento de las mayores iniquidades, porque todo ello está bien reciente y es innecesario para unos e inútil para quienes han olvidado hechos sin precedentes en la historia de España; sólo cabe a nuestro fin exponer que aparece el nuevo Estado para que resurjan los principios que

informaban a España y se reconstruyan los distintos eslabones de la cadena tradicional fundamentalmente rota.

Así la instauración del Catolicismo, del que se expresó por el Caudillo, en ocasión solemne, que no podía separarse de la patria española.

Así la justicia social, con su Fuero del Trabajo y su indispensable Auxilio Social.

Así el Fuero de los Españoles, base fundamental y de su desenvolvimiento político; pero aun no ha llegado a la Justicia en sí misma el punto concreto de oportuna reorganización, sin duda porque siendo la esencia de la vida toda de la nación no hay que hacerla revivir, porque va implícito en la entraña misma del Movimiento y tratarse de lo que siempre da existencia a un Estado civilizado. Por ello quizás la actuación se ha limitado hasta el presente a las disposiciones citadas, que en lo referente a la Inspección de Tribunales se concreta al retorno, una vez más, a la Ley Orgánica y a establecer asimismo una Inspección independiente referente a la Justicia Municipal, que merece el debido examen en otro momento.

Mas parece llegada la hora en que deba examinarse a fondo el organismo de dicha Inspección, con la experiencia que presenta tanto como va relatado y exigen las circunstancias actuales de especialísima significación para la vida de la patria, e incluso de señalada oportunidad en estos momentos, después del recientísimo esfuerzo llevado a cabo por el Ministerio de Justicia y las Cortes para un mejor encuadramiento de los funcionarios de Justicia.

En resumen: Si como se ha dicho, la historia no es un mero fiel de hechos, sino las derivaciones que el enlace de éstos presente, vemos con todo lo expuesto que cuanto afecta a la Inspección de Tribunales debe ser un problema imposible de resolver, o por lo menos de dificilísima implantación para conseguir un fin adecuado en los tiempos modernos, cuando tantos hombres, nada vulgares muchos de ellos y en las cumbres del Poder, no saben encontrar la debida solución para aplicar una institución que, si entraña la más importante de cuantas puede establecer un Estado, en sí misma no consiste más que en vigilar y encauzar la debida Administración de Justicia.

Porque si bien es cierto que nuestra tradición la muestra existiendo desde fines de la Edad Media a principios del siglo XIX con interesantes manifestaciones, especialmente por lo que afecta a nuestras justicias en Ultramar—sin que las condiciones de nuestro trabajo permita al presente desarrollarlas debidamente—, también lo es que así que entraron las ideas liberales y las Constituciones en ellas basadas fué abandonado su estudio y aplicación hasta que los juristas del 70 supieron, en principio, fijar sus normas básicas en la Ley Orgánica, con la quiebra en la lógica de sus consecuencias a que se ha hecho referencia. Mas ya en su aplicación, por no satisfacer a los distintos regímenes y Gobiernos en tantos años como van transcurridos, sus disposiciones son aplicadas o no, modificadas, restringidas y ampliadas

con los más varios motivos, en constante persecución de algo que no se acaba de encontrar.

Obsérvese esos discursos ministeriales aludidos al principio de este trabajo—en muy pequeño número ante el muy grande de los que se han publicado sobre el particular—la serie de disposiciones, reseñadas sólo las fundamentales que afectan a la creación del organismo en su totalidad, prescindiendo de otras muchas que las aluden más o menos directamente, y de los continuos proyectos que no pasaron de tales, y se podrá deducir que su excepcional importancia no sólo no ha pasado desapercibida, sino que siempre se le ha considerado como eje de la vida de toda la nación, mas sin lograr consolidarlo.

Se intenta por los más distintos regímenes la manera de construir tan indispensable elemento de Inspección y se están buscando los más varios registros, sin el debido acierto, más que cuando esporádicamente se ha acudido a la solución verdad que se viene propugnando tan reiteradamente: el acierto en la designación de personas y soltura en sus movimientos.

Se ha dicho que el Poder judicial fué una conquista liberal, y debe ser verdad, tal como se entiende y practica, porque, como afirmaba Donoso Cortés, de todas las escuelas, la liberal es la más estéril y más egoísta; y así se observa que, con nombre tan altisonante, ni es Poder, como antes se dijo, no encontrándose por parte alguna aquel banco rojo donde se instale en la persona del Presidente del Tribunal Supremo, que el Sr. Azcárate quería ver frente al banco azul en el Parlamento, ni se le deja desenvolverse en su augusta misión.

Se trata de cimentar ésta sobre las bases de independencia y responsabilidad, según hemos visto tan constantemente repetido, y no se sabe cómo tiene que funcionar el órgano que cuida de una y otra, quizá porque aquélla no se deseaba más que de palabra y la segunda porque no puede sentirse, en lo que no sea minúsculo, cuando quiebra la responsabilidad fundamental del principio político en que se desenvuelve, conforme al conocido dicho de que éste funcionaba como un emparedado entre dos mentiras: la del sufragio universal abajo y la de la responsabilidad ministerial arriba, lo que obligó a un eminentе tribuno a exclamar: "Aquí responde más un funcionario del ferrocarril por perder una maleta que un Ministro por perder las Colonias."

Esto es lo que la historia enseña para cuanto se va a exponer, aprovechando lo aprovechable y rechazando lo que lo exija, con el propósito de contribuir a que se evite el caer en el peligro señalado por Platón y a que hemos estado abocados en nuestros días: "Un Estado dejará de serlo si no estuviera en él con regularidad establecido el poder de la Justicia."

El arrendamiento de locales de negocio

ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL

Catedrático de Derecho civil y Abogado
del I C de Sevilla

Refiérese esta denominación, según indica el artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos urbanos, a "aquellas edificaciones habitables, cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, de comercio o de enseñanza con fin lucrativo". Tales arrendamientos quedan incluidos dentro del ámbito de la Ley especial, y se diferencian esencialmente de los arrendamientos de empresa, en cuanto su objeto no es la empresa como unidad patrimonial dotada de vida propia, sino tan solo el local, con o sin instalaciones, en que el arrendatario se propone establecer su propia industria o negocio. Ahora bien, la adherencia de la empresa o negocio del arrendatario al local temporalmente cedido por el arrendador determina una serie de consecuencias económicas, que originan en el Derecho moderno el nacimiento de la llamada:

a') *Propiedad mercantil*.—Como observa GARRIGUES, en determinadas clases de comercio, el emplazamiento del negocio tiene la máxima importancia. La calidad y la entidad de la clientela se determinan muchas veces por el sitio (calle de mucho tráfico, o caracterizada por aquel género de comercio o habitada por el público adecuado, etc.). De aquí la aspiración de los comerciantes hacia la estabilidad de los derechos de arrendamiento, restringiendo las posibilidades de desahucio con la amenaza de fuertes indemnizaciones a cargo del arrendador. La jurisprudencia, primero, y la legislación, después, han acogido esta aspiración, protegiendo la llamada "propiedad comercial", en el sentido de imponer la renovación del arrendamiento de los locales de la industria o, en su defecto, una indemnización (1).

Sin embargo, hay que reconocer que estas afirmaciones son sólo en parte exactas: 1.^º Porque lo que determina el nacimiento de la propiedad mercantil no es tanto el emplazamiento del local como el valor (aviamento) que el mismo ha adquirido en virtud de la actividad en él desenvuelta por el arrendatario. 2.^º Porque el concepto de propie-

(1) GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1.^º, Madrid, 1947, página 237.

dad mercantil no se limita al reconocimiento de un derecho a la permanencia en el local arrendado, sino que se extiende a todos los elementos que constituyen relaciones materiales de hecho de la empresa (clientela y expectativas). En este sentido se ha concebido la propiedad mercantil como un *derecho al valor de actuación* del empresario, una parte del cual investía el edificio o local en que se habían desenvuelto las actividades de la empresa, de donde se sigue que la protección brindada por la Ley y la jurisprudencia a los arrendatarios de locales de negocio no es lo que constituye la propiedad mercantil, sino que, al contrario, es una consecuencia de la protección concedida a esa propiedad, que se traduce en derechos de prórroga impuesta al arrendador por la sola voluntad del arrendatario y en reconocimiento a éste del derecho a una indemnización en los contados casos en que se autorizaba el desahucio.

En defensa de estas normas, como observa CHAMPCOMMUNAL, los comerciantes demostraban, con ejemplos tomados de la realidad, todos los riesgos de su situación: el dueño del inmueble o un inquilino nuevo, si se dedicaban al mismo ramo de comercio, podían aprovecharse de todas las ventajas inherentes a una tienda acreditada sin más que ocupar el local y sin tener que desembolsar nada por tal beneficio... Las casas de Banca y las Compañías poderosas hacían ofertas elevadísimas a los propietarios, y por este medio se privaba del local a quien lo estaba utilizando y se privaba también al antiguo inquilino de todo lo que representaba una vida de esfuerzo y trabajos (2).

Una protección eficaz de la propiedad mercantil exigía una estabilización de los derechos de arrendamiento, ya que si el comerciante era dueño de la finca en que tenía su establecimiento sus derechos quedaban plenamente a salvo; pero en el caso contrario, que es el más frecuente, o sea cuando el comerciante era simplemente un arrendatario, la nueva propiedad que se le reconocía era muy poco sólida, y bien pronto lo mostró la realidad: la suerte que hubiera de correr el establecimiento dependía en buena parte del local en que se hallara montado, y la situación podía ser, por lo tanto, muy peligrosa si el propietario del inmueble se negaba a prorrogar el contrato al cumplirse el término para él fijado. Sin embargo, no han faltado autores, como FUBINI, que han sostenido que si se afirma que el arrendatario, por el mero hecho de serlo y de disfrutar del inmueble con arreglo al contrato, va dando vida a un nuevo valor, ¿es qué este nuevo valor se incorpora a la finca de tal modo que cualquier futuro arrendatario pueda beneficiarse de él, una vez privado injustamente del mismo el inquilino comerciante que hubo de crearlo? Ahora bien, responde, aún preciándose de la consideración antes expuesta, según la cual la nueva forma de valor, o mejor dicho, la expectativa de valor referida

(2) CHAMPCOMMUNAL: *La protección de la propiedad mercantil y la ley francesa de 30 de junio de 1926*, en "Revista de Derecho privado". 1927, página 115.

queda en íntima unión con la entidad constituida por el establecimiento, ¿cómo puede sostenerse que el negocio o la tienda, cuya economía es distinta de la del arrendador, tenga que limitar los derechos de propiedad del dueño de la finca para poder convertir en valor la mencionada expectativa? (3). Ello hace observar a MARGHIERI que el propietario no puede quedar obligado a la restitución de un lucro, que, si existe, ha de considerarse intrínseco a su misma propiedad (4).

Por otra parte, no es fácil llegar a construir jurídicamente esta figura de la pretendida propiedad mercantil: con razón ha afirmado ASCOLI que se trata de una mera situación económica, que la Ley sólo ampara cuando va enlazado con el derecho sobre determinadas cosas materiales o con facultades jurídicas específicamente reconocidas; y para ROTONDI ese valor de actuación no sólo no es una cosa material, sino que ni llega a ser una cosa, entendiendo por tal una entidad individual cualquiera: se trata simplemente de una manera de ser, de una cualidad del ejercicio mercantil, y falta siempre aquella autonomía de disfrute y de disposición sin la cual no se concibe un derecho independiente, aunque tenga un contenido inmaterial. En realidad, observa el propio FUBINI, la cuestión de la propiedad mercantil no nace ni se desenvuelve fuera de las relaciones del contrato de arrendamiento, sino que surge por la notoria escasez de locales, conclusión que tal vez sea excesiva (5).

La Ley francesa de 30 de junio de 1926, en que se inspiró la legislación española posterior, tué una Ley, en cierto modo, de transacción entre estas opuestas teorías y tendencias, reconociendo al inquilino un derecho de indemnización, arbitralmente determinado, en caso de desahucio, y un derecho a la renovación del contrato, con una modificación de la renta, que es nuevamente fijada, arbitralmente también, por un plazo igual al primitivo, y que supone una preferencia establecida a favor del arrendatario originario. Para legitimar la reparación pecuniaria concedida al arrendatario desposeído del local se acudió por la doctrina a principios generales, no queriendo romper el enlace con las reglas de común uso, acudiendo a las teorías del abuso de derecho y del enriquecimiento injusto. Algun autor italiano sostiene que los beneficios nacidos de esta especie de monopolio, en cuya virtud acuden los consumidores al establecimiento montado en un determinado local, deben corresponder únicamente al arrendatario, estimando que es fácil determinar económicamente lo que este último debe percibir, pues basta con capitalizar el aumento de renta a razón del interés que rinden las inversiones en casas, con lo cual se obtendría el aumento de valor que ha tenido la finca por aquella actuación del comerciante de que va a aprovecharse el propietario. La consecuencia

(3) FUBINI: *La pretendida propiedad mercantil*, en la "Revista de Derecho privado", 1929, pág. 36.

(4) MARGHIERI: *Notioni e limiti della proprietà commerciale*, Turín, 1926, página 12.

(5) FUBINI, loc. cit., pág. 39.

que de ello se quiere derivar es bien clara: si el dueño no abona dicha suma al comerciante que ha cesado en su arrendamiento y que no tiene derecho alguno a renovarlo, surge un caso de enriquecimiento injusto a favor del propietario y a favor del inquilino.

Por otra parte, la naturaleza del derecho que haya de reconocerse al inquilino provocó vivas discusiones en Francia. El proyecto de la Comisión de Comercio le llamaba *derecho de prioridad*, queriendo expresar con estos términos la obligación en que estaba el propietario de consentir la renovación del arriendo en el precio fijado por vía arbitral o judicial, sin consideración de otras ofertas. Dicha obligación transformaba el derecho personal del inquilino en un derecho real; creaba sobre el inmueble una servidumbre especial y conducía a una verdadera tasa de los alquileres. Fueron tan duras las críticas formuladas, que la Comisión de Comercio tuvo que avenirse a prescindir de aquella denominación y aceptar la de *derecho de preferencia*, solución propuesta en el contraproyecto de la Comisión de Legislación (que autorizaba la concurrencia de terceros para la fijación del alquiler). Pero la nueva designación tampoco pareció afortunada, ya que recuerda una de las ventajas que lleva consigo el derecho de hipoteca, sin ser, como éste, un derecho de naturaleza real. En vista de todo ello, se renunció a definir con una fórmula el derecho creado. El ponente de la Comisión de Legislación del Senado, M. MORAN, examinando los efectos del referido derecho en las relaciones con el dueño, indicó que se trataba de una obligación de hacer, regulada en el artículo 1.142 del Código civil, obligación que según los principios admitidos podía resolverse, en caso de incumplimiento, en una indemnización de daños y perjuicios.

En nuestro Derecho se da plena consagración a estas ideas, siquiera aumentando su alcance, a partir, sobre todo, del Decreto de 21 de enero de 1936, que vino a completar el régimen establecido en el de 29 de diciembre de 1931: "El acervo mercantil—decía su preámbulo—implica el reconocimiento de que el arrendatario con inversiones de capital y actividades ha creado en el local que ocupa una riqueza, un valor del que no sería justo desposeerle, y ha contribuido en ocasiones, casi exclusivamente, a crear el aumento de precio que la finca ha alcanzado. La nueva Ley de Arrendamientos urbanos, insistiendo en este mismo orden de ideas, no sólo mantiene el derecho a la prórroga, restringiendo las causas de resolución y de impropósito, sino que consagra con toda amplitud el derecho de traspaso, estableciendo además un sistema de indemnizaciones de gran elasticidad y concediendo, en algunos casos, el tanteo y el retracto en los supuestos de transmisiones a título oneroso. Aparece, pues, el arrendamiento de locales de negocio dotado de propia sustantividad dentro de la Ley y perfectamente diferenciado del de *inquilinato*, designación que se limita, para evitar confusiones, exclusivamente para el arrendamiento de viviendas.

b') *El concepto legal de local de negocio.*—Se establece en el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos urbanos, que los define: "Aquellas edificaciones habitables, cuyo destino primordial no sea la

vivienda, sino el de ejercerse en ellas con establecimiento abierto una actividad de industria, de comercio o de enseñanza con fin lucrativo." Entiéndese por *comercio*, según el Diccionario de la Real Academia, aquella "negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando mercancías", y por *industria*: "conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales". En realidad, trátase de diversos aspectos de la actividad económica, que, como es sabido, persigue la producción de los bienes externos precisos para satisfacer las humanas necesidades; dentro de esta producción cabe distinguir tres grupos capitales perfectamente diferenciados: 1.^o Producción originaria: obtención de primeras materias (agricultura, selvicultura, pesca, ganadería y minería). 2.^o Elaboración de primeras materias (industria). 3.^o Envío y distribución de los objetos en orden al espacio y al tiempo (comercio y transporte) (6).

Sería, sin embargo, inútil acudir en este punto a una delimitación demasiado precisa de estos conceptos, ya que ordinariamente la palabra *industria* suele ser empleada para la designación de todas y cada una de estas actividades: de aquí que parezca más acertado el estimar que el llamado *arrendamiento de locales de negocio* es aquel que tenga por objeto el *establecimiento de una empresa en el local arrendado*, o, lo que es lo mismo, aquel en que el arrendatario se propone utilizar la finca arrendada como sede material de las actividades de su propia empresa, de donde se sigue que para la interpretación de este precepto, para determinar cuándo nos encontraremos dentro de su campo de aplicación, habrá de tenerse en cuenta la clase de actividades a que, según contrato, ha de destinarse el local arrendado: solamente cuando podamos señalar el funcionamiento de una empresa en el mismo será posible aplicar el régimen propio de tales arrendamientos.

Como observa FRANCESCHELLI, las clases de operaciones fundamentales que pueden constituir el objeto de una empresa son extraordinariamente amplias y comprensivas, agotando el campo de actividad práctica de lo que los economistas denominan *industria en sentido amplio*; comprendiendo, por lo tanto, la industria rural (cultivo, selvicultura, ganadería e industrias propiamente agrícolas, conexas con las anteriores operaciones), industria extractiva, industria manufacturera, industria comercial, industria del transporte..., cualquier forma de actividad que pueda calificarse, *lato sensu*, como industrial, es absorbida por la fuerza atractiva de estas elásticas categorías (7). Como modalidad especial de la industria, describía el comercio VIVANTE: "En su significado común, la industria comercial—dice—comprende todas las operaciones que hacen pasar las mercancías y los títulos de crédito de quien las pone en circulación a quien las tasa o consume. A veces estas

(6) FUCHS: *Economia política*, trad. esp., Barcelona, 1927, pág. 89.

(7) FRANCESCHELLI: *CORSO DI DIRITTO COMMERCIALE*, t. I "L'Imprenitore", Milán, 1944, pág. 27.

cosas van directamente del productor al consumidor, pero lo corriente es que pasen por manos de quien verifica sistemáticamente un oficio de distribución en el mercado libre... Toda la cadena de las operaciones principales (operaciones de venta y Banca) y de las operaciones accesorias (transporte, mediación, seguro) que favorecen y efectúan la transferencia de mercancías del productor al consumidor, así como la cadena de las operaciones que en sentido contrario llevan el precio pagado por el consumidor a los centros de producción, constituyen la trama de la industria comercial. Con bastante frecuencia, las mercancías, al circular, se detienen para sufrir un proceso de transformación más o menos largo; pero luego reanudan su marcha, yendo a satisfacer las exigencias del mercado, al que las nuevas aplicaciones científicas de la industria hacen cada vez más refinado en sus necesidades. Esta obra de transformación entra asimismo en la órbita comercial." (8).

Ello no impide, naturalmente, que se pueda establecer una distinción, relativamente precisa, entre la industria propiamente dicha, o en sentido estricto, y el comercio, cuyas características señalaba con precisión SCACCIA en su clásica definición: "Negotiatio seu mercatura, id est, negotiator seu mercator, quando rem, quam causam lucrandi emit, postea inmutatam revendit, dicitur proprie negotiatio sive mercatura." Es decir, que lo que califica al comerciante es: 1.^º, ser intermediario entre productores y consumidores; 2.^º, ser intermediario mediante el cambio; 3.^º, que este cambio sea habitual, y 4.^º, que persiga intención de lucro (9). Ahora bien, la nueva doctrina tiende a substituir este concepto de comerciante por el más amplio de empresario, que le comprende, juntamente con el industrial propiamente dicho. De aquí que, a los efectos de la Ley de Arrendamientos urbanos, no nos interese señalar diferencias de matiz entre ambos conceptos, bastándonos partir del genérico de empresario, que el artículo 2.082 del Código italiano define como: "Quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada para el fin de la producción o del cambio de bienes o servicios", y a la vista del mismo, con mayor precisión, FERRARA (hijo) como "Quien ejercita profesionalmente, valiéndose de una organización de personas o de bienes, una actividad lícita, dirigida a la producción para el cambio, de bienes o servicios que no constituyan obras de ingenio o prestaciones intelectuales" (10). En definitiva, podemos concluir que siempre que por el arrendatario haya de establecerse en el local arrendado una actividad de esta clase, nos encontraremos con un arrendamiento de local de negocio.

Sin embargo, este concepto debe ser, de acuerdo con la letra de la

(8) VIVANTE: *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, Madrid, 1932, págs. 100 y 101.

(9) BLANCO CONSTANS: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, t. I, Madrid, 1936, pág. 44. Mediación, cambio y lucro son las características del acto de comercio, según ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA: *Estudios fundamentales de Derecho mercantil universal*, t. I, Madrid, 1909, pág. 200.

(10) FERRARA (hijo): *Gli Imprenditori e le società*, Milán, 1946, pág. 23.

Ley, extendido en el sentido de incluirse además en él los locales destinados a la *enseñanza con finalidad lucrativa*; y, al mismo tiempo, limitado, en cuanto deben excluirse de él los locales destinados a empresas de carácter agrícola, forestal o ganadero, aquellos en que se practica una pequeña industria doméstica, o se ejerce una profesión o función pública, aunque sea objeto de tributación, así como los destinados a mero depósito o almacén, o escritorio. Ello, en el fondo, es consecuencia de la propia concepción que de la empresa comercial o industrial se ofrece en la Ley y en la doctrina, lo que nos obliga a examinar con mayor detenimiento cada uno de los requisitos exigidos por ellas, para deducir de una manera lógica las concretas excepciones.

1.^º *Que el objeto del arrendamiento sea una finca urbana dotada de edificaciones habitables.*—Estudiados en otro lugar estos dos requisitos genéricos exigidos por el artículo 1.^º de la Ley, nos limitaremos a establecer aquí dos conclusiones concretas: a) Que cuando en el local arrendado no existan edificaciones habitables de ninguna clase, nos encontraremos ante un arrendamiento de solares propiamente dicho, que se regirá por las disposiciones del derecho común o foral, según los casos, y por lo pactado por la autonomía de las partes; b) Que cuando la finca arrendada haya de reputarse rústica, aunque en ella se desenvuelva una actividad de carácter industrial o mercantil, no serán aplicables las normas especiales de la Ley de Arrendamientos urbanos.

Esta última afirmación exige algunas aclaraciones: Como es sabido, ha sido considerada ordinariamente como industrial, en el sentido amplio de la palabra, la actividad agrícola propiamente dicha en sus diferentes modalidades, como son el cultivo del suelo, la selvicultura, la ganadería o cualquier otra actividad a ellas vinculada, como la vinificación, la molienda de aceite o de harina, la serradura de maderas, la fabricación de queso o de manteca, y tantas otras similares, íntimamente relacionadas con la producción agrícola, forestal o ganadera, funcionalmente dependientes de ella. Ahora bien: así como es evidente que la industria que se apoya en la explotación o aprovechamiento del fondo determina la aplicación de los preceptos de la legislación especial de arrendamientos rústicos, conforme dispone el artículo 3.^º de la Ley más arriba examinado, el problema puede plantearse cuando la finca arrendada se dedica a la realización de actividades derivadas, como las que acabamos de indicar. Es indudable, a nuestro juicio, que si tales actividades tienen un carácter secundario frente a la explotación primordial, por ejemplo, un cortijo en que existe un molino aceitero destinado a la molienda de su propia producción, deberá el arrendamiento regirse por las normas de arrendamientos rústicos en virtud del consagrado principio de la accesoriad. Si, por el contrario, el destino primordial de la finca fuese la fabricación de aceite u otra industria de los tipos indicados, estimamos que la cuestión varía radicalmente, y, al no poder hablarse de "aprovechamiento del predio", propiamente dicho, al no ser lo principal la explotación agrícola, forestal o ganadera, el arrendamiento deberá reputarse urbano, cualquiera que sea la situación de

la finca y siempre que existan en ella edificaciones habitables, rigiéndose, por lo tanto, por las normas contenidas en dicha Ley relativas a los arrendamientos de locales de negocio, consecuencia que se infiere del mismo artículo 3.^º citado.

2.^º Que el destino primordial de la finca arrendada sea el ejercicio en ella de una actividad dirigida a la producción o al cambio de bienes o servicios.—Este requisito se funda en el propio concepto de empresa industrial o mercantil que dejamos señalado, y se manifiesta en una doble exigencia: carácter primordial de la actividad referida, y que dicha actividad sea propiamente de industria o comercio. Por lo que a la primera cuestión respecta, podemos señalar el juego del llamado principio de la accesoriiedad, consagrado no sólo en el artículo 3.^º antes citado, sino además en los 7.^º y 9.^º, que a continuación vamos a examinar:

a") *Viviendas en que se ejerce profesión o pequeña industria doméstica.*—Según el artículo 7.^º: “El contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o parientes de uno u otro hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerzan en la vivienda o en sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación.” Prescindiendo de momento del problema de cuál sea la consideración legal que deba concederse a los locales arrendados *exclusivamente* para el ejercicio de una actividad profesional o función pública, nos limitaremos a examinar aquí, sucesivamente, los supuestos personales y reales del transcritto precepto.

a'') *Supuestos personales.*—Pártese de la base de que la profesión o pequeña industria doméstica ha de ejercerse por el propio inquilino, por su cónyuge o por los parientes de uno u otro “*hasta el tercer grado*”, añadiendo el artículo “que con cualquiera de ellos conviva”. ¿Qué significan estas expresiones y qué alcance hemos de atribuirles? ¿Deberán entenderse incluidos los parientes que se hallen precisamente dentro de ese tercer grado? Si tenemos en cuenta que el artículo 71 emplea los mismos términos: que el 72 se refiere concretamente a parientes que se hallan precisamente en ese tercer grado (“tíos” y “sobrinos”), y que, a mayor abundamiento, en la disposición transitoria 9.^a, que a tales artículos se refiere, dice expresamente “parientes *dentro del tercer grado*”, no cabe poner en tela de juicio que la norma examinada comprende a los parientes del tercer grado inclusive. No se aclara, en cambio, si ese parentesco ha de ser necesariamente por consanguinidad, o si se admite también por afinidad; por ejemplo, cuando se trate del yerno; sin embargo, teniendo en cuenta que el artículo 71, antes mencionado, concede el derecho de sucesión en el arrendamiento a “los parientes hasta el tercer grado *por consanguinidad o afinidad*”, estimamos que, incluso, los afines deben ser comprendidos.

Es preciso, además, como hemos visto, que tales parientes “convivan” con el inquilino o su cónyuge. ¿Cómo hemos de interpretar tal convivencia? Convivir significa vivir bajo el mismo techo, que en este

caso no puede ser otro que el de la finca arrendada; pero surge la dificultad, en cuanto al admitir que esa convivencia puede ser con el inquilino o su cónyuge, de que pudiera pensarse que, en el supuesto de que los cónyuges no vivan en la misma casa, por hallarse separados de hecho o de derecho, sería de aplicación el precepto aun en el caso de que el pariente que ejerciese la profesión o industria en la finca arrendada no viviese en ella, sino que conviviese en otra con el cónyuge no arrendatario. Estimamos que tratándose de una norma excepcional, no puede ser interpretada extensivamente, y que únicamente cuando la convivencia tenga lugar en la misma finca arrendada será lícito aplicar la norma contenida en el artículo 7.^º que examinamos.

b'') *Supuestos reales*.—Se autoriza por el precepto el ejercicio en la vivienda o sus dependencias de una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación. De la simple lectura de las palabras legales se infiere claramente una contraposición: la de industria o ejercicio de una profesión o función pública; de donde se sigue que en este concepto último de *profesión* se incluyen tan sólo aquellas formas de actividad que no constituyan industria propiamente dicha. Es decir, que lo decisivo será el determinar si se trata de una actividad dirigida a la *producción económica*, o simplemente de una actividad de carácter intelectual o artístico, siquiera en ocasiones de naturaleza mecánica, como, por ejemplo, en el supuesto de un médico que se dedique a realizar análisis clínicos, o un dentista que tenga un taller para atender a las necesidades de su propia consulta; pero en todos estos supuestos lo esencial es la función intelectual e creadora, lo accesorio la producción de bienes.

En cuanto al ejercicio de una función pública en el local arrendado para vivienda parece la Ley referirse no sólo a los casos de Notarías y Registros, sino, incluso, a aquellos otros en que el arrendatario, o alguna de las personas a que el precepto se refiriése, ejerza, por ejemplo, funciones recaudadoras de impuestos, arbitrios o contribuciones. Plantéase, sin embargo, en todos estos casos el problema, que más adelante examinaremos, de determinar la naturaleza del arrendamiento cuando el local sea destinado exclusivamente al ejercicio de función pública o profesión de las aquí aludidas. Nos limitaremos ahora a determinar el

Concepto de pequeña industria doméstica.—Como hace notar GARCÍA ROYO, según su concepto técnico, industria doméstica es aquella en la que los mismos productores consumen lo que producen; se considera pequeña, añade, si usa pocos elementos mecánicos y de escasa importancia o sólo utiliza trabajo manual (11). No parece que sea este el concepto presupuesto por el legislador, que debió haber meditado las palabras que empleaba, o, por lo menos, haber definido de alguna forma tal clase de actividad, ya que ello es de la mayor importancia, no

(11) GARCÍA ROYO: *Tratado de arrendamientos urbanos*, t. I, Madrid, 1947, página 293.

sólo para fijar el régimen jurídico a que el contrato deba de someterse, sino, además, porque el ejercicio por parte del inquilino, de su cónyuge o de los parientes de uno u otro que con ellos convivan, de industria que no reúna los requisitos de pequeña y doméstica significaría tanto como el cambio o transformación de la vivienda en local de negocio, dando lugar a la acción resolutoria de la causa 4.^a del artículo 149.

Podríamos, en principio, considerar como pequeña industria doméstica aquellas actividades que, aun sometidas a tributación y ejercidas con fin de lucro, se desarrollan personalmente por el propio titular del negocio, en su propia vivienda, sin valerse de personas asalariadas, sino tan sólo con su personal y directo esfuerzo e iniciativa, o, a lo sumo, auxiliado por quienes, en orden a su consideración laboral, sean considerados, no como tales asalariados, sino como servidores domésticos. A nuestro juicio, este concepto ha sido recogido del que formula el Código civil italiano, en su artículo 2.083, según el cual: "Son pequeños empresarios los cultivadores directos del fundo, los artesanos, pequeños comerciantes y aquellos que ejercitan una actividad profesional organizada con el trabajo propio y de los componentes de la familia." Ya la legislación de arrendamientos rústicos, con su concepto de cultivador directo y personal que paga renta inferior a la equivalencia de cuarenta quintales métricos de trigo, parece haber reflejado parcialmente este concepto.

La doctrina italiana, al estudiar lo que ha dado en denominarse "elemento dimensional de la empresa", hace notar, acertadamente, que no puede ser el mismo el régimen jurídico de aquellas organizaciones en que se integran grandes elementos materiales e importantes y varias prestaciones personales, que casi se sobreponen a la propia personalidad del empresario, que aquellas otras organizaciones en que la actividad personal de éste es lo decisivo, y los elementos reales y ajenes prestaciones lo secundario y accesorio. No quiere esto decir que estas pequeñas organizaciones carezcan de la calidad de empresas, ya que, como observa MONTESSORI: "Dondequiera que se tiene producción, no puede faltar una organización de los elementos productores. Todo el que se propone obtener un nuevo producto mediante la transformación de materias primas, combina y converge hacia la finalidad común las fuerzas de la naturaleza, del trabajo y del capital. Desde este punto de vista, la capacidad del mayor de los empresarios no difiere de la actividad del más modesto de los artesanos" (12).

Sin embargo, como hace notar BRUGHIER, "gran empresa no quiere siempre decir empresa constituida con capitales ingentes, gran número de operarios, enorme producción, etc., etc., ya que son numerosas las empresas en que la magnitud de la dimensión es producida por una hacienda de proporción modesta" (13), de donde se sigue

(12) MONTESSORI: *Inquadramento sindicale e artigianato*, en "Rivista di diritto commerciale", 1943, II, págs. 22 y sigs.

(13) BRUGHIER: *CORSO DI POLÍTICA ECONOMICA CORPORATIVA*, Pisa, 1939, página 114.

que parece acertado el punto de vista de l'API, que toma en consideración, no solamente el elemento cuantitativo, sino también, conjuntamente, el cualitativo, teniendo en cuenta además el funcionamiento y organización de la empresa, y, sobre todo, la manera cómo el empresario presta su trabajo en la empresa. Si las personas que se encuentran a la cabeza de la empresa, escribe este autor, "ejercitan funciones puramente directivas y organizadoras de los varios factores de la producción en una hacienda de notables dimensiones, se puede afirmar que nos encontramos ante una gran empresa. Si, por el contrario, además de las funciones directivas se ejercitan aquellas propias de algunos de los factores productivos—por ejemplo, parte del trabajo—, se tiene una pequeña empresa, no sólo por las dimensiones poco extendidas, sino también por su forma organizada, dado que el trabajo de dirección se une al trabajo manual, juntamente con la obra de unos pocos asalariados" (14).

En este mismo sentido afirma FERRARA (hijo): "No puede juzgarse aquí con criterios aritméticos, ya que los elementos entre los cuales debe hacerse la confrontación son heterogéneos, no pudiendo ser reducidos a un común denominador, sino que debe juzgarse más bien con criterios económicos y funcionales, esto es, teniendo en cuenta la posición en que se encuentra la organización en relación a la actividad del empresario en la producción de bienes: si la organización sirve al sujeto para el desenvolvimiento de sus capacidades técnicas de trabajo, siendo funcionalmente instrumental respecto a la actividad personal del empresario, que tiene carácter preeminente, entonces nos encontramos en el campo del artesanado y de la pequeña empresa. El producto es creado por el trabajo personal del artesano, aunque éste se haya servido para crearlo de los elementos organizados en la empresa. Si, por el contrario, la organización tiene una función preeminente, limitándose el artesano a una actividad de coordinación o de dirección, siendo el producto creado por la empresa por él dirigida, nos encontramos en el campo de la industria" (15).

Este carácter prevalente ha de ser, no sólo frente al trabajo ajeno, sino también al capital: así, en el caso en que, por ejemplo, el empresario utilizase inicialmente en su empresa una decena de obreros, y después sustituya el trabajo de éstos mediante la utilización de una máquina, que él solo y alguna persona de su familia puede manejar, no parece quepa pensar en una pequeña empresa que venga a sustituir a la empresa normal, ya que, como observa FRANCESCHELLI, el producto (las dimensiones de la empresa) no cambia por la inversión del orden de los factores (de producción), o por haber sustraído al uno lo que se haya añadido al otro, y así, si al principio era el trabajo ajeno el que prevalecía sobre el trabajo personal del empresario, y le calificaba como trabajo directivo y no meramente manual o ejecutivo, producida la trans-

(14) Vid. GRAZIANI: *Istituzioni di Economia Politica*, Roma 1936, pág. 181.

(15) FERRARA, op. cit., pág. 27.

formación, será la máquina, o lo que es lo mismo, el capital, lo que determinará esa prevalencia, sin que por ello varíen las dimensiones y estructura de la empresa: "Es la disponibilidad de medios (trabajo o de otra naturaleza) lo que determina el modo de prestación del trabajo del empresario, y sólo donde éste resulte el factor preeminent en la organización de la empresa, será ésta calificada de pequeña, porque el trabajo del empresario no puede resultar prevalente, sino cuando las dimensiones de la empresa sean pequeñas, y viceversa. Se tendrá pequeño comerciante, artesano, cultivador directo del fundo—concluye este autor—únicamente cuando la actividad comercial, industrial o agrícola sea ejercida con caracteres de prevalencia del trabajo personal del empresario y las personas de su familia sobre el trabajo ajeno o sobre el capital (16).

Ahora bien; ¿podremos, y en qué medida, hacer aplicación de estos conceptos, a la interpretación del artículo que venimos examinando? Prescindiendo de los llamados cultivadores directos del derecho italiano, que, como hemos indicado, coinciden exactamente con los cultivadores directos y personales de nuestra legislación especial de arrendamientos rústicos, el primer problema que se nos plantea es el de determinar si la Ley de Arrendamientos urbanos se refiere tan sólo a los artesanos o pequeños industriales, o también a los pequeños comerciantes, es decir, si el artículo 7.^o es igualmente aplicable en los casos en que en la vivienda arrendada se ejerza por las personas indicadas un "pequeño comercio". A primera vista, parece que siendo la designación "industria" de carácter genérico, y comprendiendo la llamada industria comercial, debiera contestarse de modo afirmativo aquella pregunta. Sin embargo, hemos visto cómo el artículo 1.^o de la Ley de Arrendamientos urbanos distingue ambos conceptos como diferentes.

En realidad, ninguna razón parece existir para hacer objeto de diverso trato jurídico al que ejerce una pequeña industria y al que se dedica a un pequeño comercio, entendiendo por tal, no ya el comercio al por menor, sino tan sólo el comercio de insignificante tráfico, es decir, aquel que por sus dimensiones puede desenvolverse en una vivienda sin que la finalidad de habitación específica de la misma sea mermada por ello, habiendo de considerarse tal destino como mero accesorio de la vivienda, finalidad fundamental del contrato. Estimamos que si la designación genérica "pequeña industria" no bastara para ello, podría acudirse al criterio analógico consagrado por el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos urbanos, ya que la *ratio legis* parece la misma en un caso que en otro. Piénsese en las graves dificultades que en muchos casos pudieran suscitarse para determinar la naturaleza industrial o puramente mercantil de una explotación de este género: por ejemplo, en el caso en que en una casa se venda la leche producida por una vaca propiedad del arrendatario: o cuando un zapatero que se de-

(16) FRANCESCHELLI, op. cit., pág. 143.

dique a efectuar composturas de calzado venda, además, cordones para ellos... No existe, por lo tanto, duda, a nuestro parecer, para incluir estos casos de "pequeño comercio" en el régimen del artículo 7.^º

Hechas estas aclaraciones, podemos precisar el concepto de "pequeña industria doméstica" propuesto por el artículo que venimos estudiando. Una lectura del mismo nos permite subrayar tres elementos distintos que vienen a precisar dicho concepto: 1.^º Idea de accesoria; 2.^º Magnitud reducida de la industria, y 3.^º Carácter doméstico de la misma. Tales elementos se coordinan entre sí, determinándose mutuamente.

La idea de *accesoriedad* supone que para que pueda ser objeto de aplicación el aludido precepto, no basta que la industria ejercida en el local arrendado sea pequeña y doméstica, sino que se precisa, además, que en dicho local el *destino primordial sea la vivienda*. Del propio artículo 1.^º pudiéramos inducir esta conclusión, ya que en él se exige, para que pueda hablarse de local de negocio, que el destino primordial de éste sea el ejercicio del comercio o industria, o enseñanza con finalidad lucrativa. Por lo tanto, la magnitud y carácter familiar de la industria ejercida, cuando lo es en local a ello destinado exclusivamente, no modifica el carácter del arrendamiento privándole de su naturaleza de arrendamiento de local de negocio, como tampoco, creemos, dado el tenor del artículo 9.^º que examinaremos después, en el caso en que, siendo el destino primordial el ejercicio de la pequeña industria, el arrendatario tenga en él su vivienda, pero ello con carácter accesorio. Habrá de atenderse para ello a las particulares circunstancias de cada caso concreto, así como a los términos en que el contrato aparezca concebido: si lo decisivo en el contrato ha sido el ejercicio de la industria, y sólo accesoriamente se autoriza al arrendatario a fijar en el local su vivienda, el arrendamiento será de local de negocio, y no un mero inquilinato.

Este carácter accesorio del uso industrial determina o exige naturalmente que la industria en él ejercida sea de pequeña magnitud, ya que, en otro caso, exigiría para su instalación la totalidad o, por lo menos, la mayor parte del local arrendado. Esta determinación de la naturaleza de la empresa por sus dimensiones se realiza de acuerdo con los criterios que anteriormente hemos expuesto, a la vista de la doctrina italiana; es decir, que en la pequeña empresa es la actividad y trabajo del empresario lo decisivo, teniendo un valor secundario e insignificante el capital y el trabajo asalariado utilizados en la explotación.

A las dos exigencias anteriores, el artículo 7.^º añade la de que la pequeña industria tenga el carácter de *doméstica*. Encontrándonos, como nos encontramos, ante una norma de carácter excepcional, parece que el único sentido que podemos atribuir a tal requisito es el de que *todo el trabajo se preste por personas de la casa*, y nunca por personas ajena a la misma. Este concepto de la *casa*, que se ajusta perfectamente al sentido etimológico de la expresión, es más restringido que el de familia, puesto que se refiere sólo a los que viven bajo el mismo techo, y

al mismo tiempo, más amplio, puesto que no sólo abarca a los parientes, sino que incluye además a los que conviven con el cabeza de familia, en una relación de servidumbre; es decir, a los que se denominan familiares en el sentido exacto de la palabra. Ello no quiere decir, sin embargo, que la naturaleza de la industria pueda ser modificada por el simple hecho de que circunstancialmente se utilice en alguna ocasión trabajo asalariado propiamente dicho, o que coopere, de forma secundaria, alguna persona ajena a la casa: por ejemplo, en el caso de que el arrendatario sea zapatero y tenga un aprendiz. El hecho, en cambio, de que la industria ejercida esté sometida a tributación, no supone que deba excluirse el arrendamiento del régimen propio del inquilinato, ya que ello, según la propia Ley, es intrascendente a estos efectos.

c'') *Licitud del ejercicio de profesión, función pública o pequeña industria en el local arrendado para vivienda.*—¿Supone el artículo 7.^º que estudiamos una autorización conferida por la Ley al inquilino para el ejercicio de tales actividades, aunque ello no haya sido especialmente estipulado en el contrato? Si tenemos en cuenta que según el artículo 79 el arrendatario que "además de vivir en (la finca arrendada) ejerza en la misma profesión u oficio que sea objeto de tributación", adquiere el especial derecho de no ser afectado por la excepción 1.^a a la prórroga, sino en los casos y condiciones que allí se determinan; y que la competencia para conocer en cuantos litigios se promuevan (con excepción del de desahucio por falta de pago), ejercitando acción fundada en la Ley de Arrendamientos urbanos, corresponde, según el apartado a) del artículo 160, a los Juzgados de Primera instancia "cuando afecten a vivienda en la cual el inquilino o subarrendatario ejerza profesión colegiada, por la que satisfaga contribución", cabe suponer que por la sola voluntad del inquilino no puede alterarse el régimen legal de la relación arrendaticia establecida.

En principio, no parece que el ejercicio de las mencionadas actividades por el inquilino suponga un cambio de destino: la disposición transitoria 22.^a, en su apartado a), así lo declara expresamente, al excepcionar de la prohibición circunstancial de alterar el destino natural que debe darse a las viviendas el caso de que "una persona física tenga su domicilio en él, o, sin tenerlo, lo utilice para ejercer su propio oficio o profesión colegiada". Por otra parte, el artículo 149 únicamente admite la posibilidad de resolución en este caso en los supuestos señalados en la causa 7.^a: ejercicio de oficio, profesión o negocio inmoral, peligroso, incómodo o insalubre, y ello sólo en el caso de que tales circunstancias "fueren ignoradas por el actor en el momento de la celebración del contrato, o al producirse la subrogación o continuación de los derechos del inquilino". Podemos, por lo tanto, concluir que el inquilino, aun sin estar para ello expresamente autorizado en el contrato, puede ejercer una de las actividades previstas en el artículo 7.^º, siempre que tal ejercicio no resulte inmoral, peligroso o incómodo, o insalubre, dando a estas expresiones el valor que al estudiar las causas de resolución del arrendamiento trataremos de fijar.

Problema distinto es el de la licitud de la cláusula contractual prohibitiva de tales actividades en el local arrendado: del hecho de que el artículo 7.^º consagre la licitud del ejercicio de las referidas actividades en la vivienda arrendada no puede inferirse la concesión, con carácter de irrenunciable, de un beneficio a favor del inquilino: estimamos, por lo tanto, que es perfectamente eficaz una prohibición semejante, siquiera su infracción no pueda considerarse como resolutoria del contrato, dado el carácter taxativo de las causas enunciadas por la Ley, sino tan sólo fundamentar una acción encaminada a exigir el cumplimiento del contrato, al amparo de los preceptos del Código civil.

b") Vivienda del arrendatario en el propio local de negocio.—A contrario sensu, el artículo 9.^º de la Ley de Arrendamientos urbanos dispone que: "El contrato de arrendamiento de local de negocio no perderá su carácter por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él su vivienda". Tal disposición es perfectamente congruente con la exigencia del artículo 1.^º, según la cual lo que cualifica el local de negocio es el destino no exclusivo, sino *primordial* a que el mismo se destine según el arrendamiento. Ello, sin embargo, plantea un doble problema: 1.^º ¿Son posibles los arrendamientos mixtos de vivienda y local de negocio? 2.^º ¿Le es lícito al arrendatario de local de negocio que no haya sido expresamente autorizado para ello establecer su vivienda en el mismo local de negocio?

Por lo que respecta a la primera cuestión, tenemos que cuando el establecimiento del negocio sea la finalidad primordial del contrato y la vivienda la secundaria o accesoria, no podrá ofrecerse duda alguna: pero se dan en la práctica numerosos casos en que, por ejemplo, se arriendan, fijando una renta única e indivisible (en otro caso no habría problema), los bajos de una casa y un piso de la misma, determinándose en el contrato que en los bajos se establecerá el negocio del arrendatario, y en el piso la vivienda del mismo, no existiendo entre ellos comunicación directa alguna. ¿Deberá entonces estimarse que el arrendamiento tiene en su totalidad el carácter de arrendamiento de local de negocio? Si, acudiendo al criterio analógico, tenemos en cuenta la norma contenida en el artículo 10 de la propia Ley, según el cual, como es sabido, la existencia o inexistencia de comunicación interior determina el que un local destinado a escritorio u oficina sea o no reputado local de negocio, pudiéramos sentirnos inclinados a la respuesta negativa. Sin embargo, partiendo de la base de que la causa contractual es única en estos contratos, y que, por lo tanto, toda distinción en este sentido supondría una verdadera novación, que la Ley en ningún precepto autoriza, estimamos que, aunque la finalidad primordial no sea aquí el establecimiento de la industria o negocio, sino la vivienda, y siempre que no se trate de uno de los supuestos específicamente previstos en el artículo 7.^º, será de aplicación la norma contenida en el 9.^º, que ahora examinamos.

En cuanto al segundo problema, es decir, el referente a la posibilidad de establecer, sin autorización para ello, el arrendatario su vivienda en el local de negocio arrendado, no parece en principio que suponga un verdadero cambio de destino: la propia Ley, en la disposición transitoria 22.^a, lo reconoce así expresamente, que, al prohibir la alteración del destino natural que deba darse a las viviendas, determina que "No se estimará respetada esta prohibición cuando destinado a oficina, almacén o local de negocio, sirvan además para vivienda de algún familiar del nuevo ocupante o de personas que trabajen a su servicio." Es claro que establecido el principio de que el hecho de que el arrendador habite en el local de negocio no cambia la naturaleza del arrendamiento, es fuerza admitir que tal habitación no implica cambio de destino, y que, por lo tanto, no puede dar nacimiento a la resolución del contrato prevista en el apartado 4.^º del artículo 149, ya que no supone una verdadera *transformación*. Sin embargo, este principio exige algunas aclaraciones complementarias, teniendo en cuenta los distintos supuestos que pueden ocurrir en la práctica.

En primer lugar, si el local arrendado reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas por la legislación especial de la vivienda, y la vivienda en el mismo no supone o implica alteración de la finalidad del contrato, y su transformación en local de vivienda, no parece que el arrendador, de no haberlo prohibido expresamente en el contrato, pueda oponerse a que el arrendatario habite en el mismo local arrendado. Si, por el contrario, el local careciese de tales condiciones de habitabilidad, parece lógico reconocer al arrendador la posibilidad de ejercitar la acción correspondiente, encaminada a impedir que el arrendatario establezca su vivienda en el local, y ello no sólo porque tal habitación es contraria a las normas legales que se refieren a la materia, por razones de salubridad (véanse todas las disposiciones referentes a las cédulas de habitabilidad), sino, además, porque la falta de tales condiciones en el local arrendado manifiesta bien a las claras la voluntad contraria a tal utilización en el momento de la celebración del contrato.

Ahora bien: en los casos en que tal habitación proceda, la Ley limita tal posibilidad a las personas expresadas en el citado artículo 9.^º esto es, el arrendatario, a su familia o personas que trabajen a su servicio. En este caso hemos de entender la palabra familia en un sentido amplio, y en este sentido creemos, con GARCÍA ROYO, que "por familia ha de entenderse el grupo de personas unidas por vínculo de parentesco, así como la servidumbre doméstica y aquellas otras que por su vida en común durante largo tiempo, dependencia económica, vínculos afectivos, etc., han de incardinarse dentro de aquel concepto. El espíritu de este ordenamiento—añade—fuerza a ampliar su significado específicamente legal y literal para dar acogida a cuantas personas, por razones de tipo espiritual o dependencia del servicio, forman parte de la unidad económica del titular de la familia, y tanto afecta a la existente cuan-

do se otorgó el contrato como a la formada posteriormente" (17). En cuanto a las personas que trabajen a su servicio, entendemos que el precepto se refiere a todas aquellas vinculadas por relación de trabajo con el arrendatario, siempre y cuando presten dicho trabajo precisamente en el negocio establecido en el propio local arrendado, ya que, en otro caso, carecería de sentido la autorización concedida.

Naturalmente, que la habitación en el local por persona distinta de las indicadas presupondría una cesión que habriámos de interpretar o bien como transformación parcial del local, o bien como cesión parcial, igualmente prohibida por el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos urbanos, o bien como subarriendo parcial, determinando en cualquiera de estos casos la resolución del contrato.

b") Locales de negocio con vivienda.—Caso inverso del anterior es el previsto por el artículo 9.^º, según el cual, y en virtud del mismo principio de la accesoriedad que venimos considerando, "el contrato de arrendamiento de local de negocio no perderá su carácter por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él su vivienda". No supone, a nuestro juicio, este precepto, en contra de lo que se ha sostenido por algún autor, una autorización concedida al arrendatario para habitar en el propio local de negocio, y mucho menos para hacer en el mismo, sin permiso del arrendador, obras que faciliten tal finalidad. Unicamente, en el caso en que, bien porque expresamente se autorice en el contrato, bien porque la propia estructura del local sea idónea para tal finalidad, podrá el arrendatario o las personas indicadas habitar en el local arrendado para negocio.

De lo dicho se siguen varias consecuencias de interés: 1.^º Que lo que determina la naturaleza del arrendamiento es, ante todo, la finalidad que según contrato se atribuya al local arrendado, debiendo ser de aplicación el artículo 7.^º ó el artículo 9.^º de la Ley de Arrendamientos urbanos, según la finalidad pactada sea la vivienda o el establecimiento de un local de negocio; 2.^º Que el hecho de que un determinado local sea arrendado para el establecimiento por el inquilino de su propia industria no impide que éste, con el consentimiento, expreso o tácito, del arrendador, establezca también su vivienda en el mismo; 3.^º Que tal consentimiento habrá de presumirse siempre que el local tenga instalaciones (por ejemplo, cocina, cuarto de baño, etc.) que le hagan apto para la habitación, lo que no impide, sin embargo, aun en este caso, que el arrendador pueda prohibir en el contrato al arrendatario la utilización del local para tal finalidad secundaria; 4.^º Que en todos estos casos la finalidad *primordial* del arrendamiento ha de ser precisamente el establecimiento del negocio con el local, no siéndole lícito, en modo alguno al arrendatario alterar tal destino, limitándole exclusivamente a vivienda.

Pueden habitar, en este caso, en el local el arrendatario y su fami-

(17) GARCÍA ROVO, op. cit., t. I, págs. 299 y 300.

lia (entendido en este caso el término familia, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 7.^º, antes examinado, en el más amplio sentido, sin limitación de grado) o las personas que trabajen a su servicio, expresión poco afortunada, que estimamos comprende, no sólo a los servidores domésticos, sino a todos los que se hallen vinculados con el arrendatario por relación de trabajo, si bien, entendemos, aunque el precepto expresamente no lo diga, siempre y cuando el campo de su actividad se desenvuelva dentro del negocio establecido en el local arrendado. No dice, en cambio, el precepto lo que ocurrirá en el caso en que habite en el local arrendado una persona no comprendida dentro de las que en él se enumeran. Claro está que en este caso tampoco podrá entenderse alterada la naturaleza y carácter del arrendamiento, que seguirá siendo, en todo caso, de local de negocio: nos encontraremos tan sólo con un caso de cesión o subarriendo parciales, al que serán precisamente de aplicación las normas generales referentes a tales materias, que en su lugar examinaremos detenidamente.

Partimos en estos supuestos de la base de que el destino primordial del arrendamiento sea el establecimiento de un negocio del arrendatario en el local arrendado; pero, ¿qué ocurrirá en los diferentes supuestos de arrendamientos mixtos de negocio y vivienda que en la realidad pueden darse? Podemos distinguir los siguientes casos, que estudiaremos separadamente:

1.^º *Arrendamiento de negocio o empresa con vivienda.*—Puede ocurrir que en un arrendamiento de los comprendidos en el artículo 4.^º de la Ley de Arrendamientos urbanos se incluyan en el local soporte del negocio o empresa arrendada algunas habitaciones para vivienda del arrendatario o su familia. Ello no supone, a nuestro juicio, una alteración del carácter del referido arrendamiento, que, a pesar de todo, seguirá rigiéndose por los preceptos, del derecho común, o foral en su caso. En efecto, tal consecuencia se impone en virtud del principio de la accesoriadidad que venimos examinando, y además, por aplicación de la analogía, al amparo del artículo 13 de la propia Ley, ya que la misma razón determinante de la norma contenida en el artículo 9.^º existe en este caso para mantener inalterada la naturaleza del arrendamiento. Debe, por otra parte, tenerse en cuenta que siendo el objeto y la causa de tal contrato concebidos unitariamente, no es lícito dividirlo y, mucho menos, pretender que la existencia de una vivienda determine que el arrendamiento deba regirse por las normas a éstas referentes.

2.^º *Arrendamiento de vivienda y local de negocio por una renta única.*—El artículo 9.^º se refiere, como hemos visto, al caso en que la vivienda se halle situada en el propio local de negocio; pero, ¿qué ocurrirá cuando se trate, como sucede con frecuencia en la práctica, de dos locales perfectamente diferenciados, por ejemplo, dos pisos sin comunicación, situados en una sola finca, o en dos fincas diferentes, y, sin embargo, se haya estipulado una renta única? En tales supuestos, parece que puede fallar el principio de la accesoriadidad y tener la vivienda

y el negocio una importancia equivalente; tampoco parecería lícito pensar en una mera yuxtaposición de contratos: la unidad de la causa y del objeto, la perfecta fusión de todos y cada uno de sus elementos, exige un régimen jurídico igualmente unitario. Pero, ¿cuál deberá ser éste, el de los arrendamientos de vivienda o el de los de locales de negocio? Si tenemos en cuenta que, según el artículo 1.^o de la Ley, lo que determina la naturaleza del contrato es su destino *primordial*, habriámos de concluir que lo procedente en estos casos sería establecer si era la vivienda o el establecimiento de un negocio lo verdaderamente decisivo en el contrato, para de esta manera poder establecer su régimen.

Sin embargo, estimamos que dada la finalidad perseguida por las normas que regulan el arrendamiento de locales de negocio y las razones que las justifican, y sobre todo el contenido del artículo 10, que más adelante examinaremos, el cual atribuye el carácter de arrendamiento de vivienda a los locales destinados a escritorios, oficinas, depósitos o almacenes, cuando carezcan de comunicación con el ocupado por el negocio propiamente dicho, podría pensarse en una de estas dos soluciones: o bien estimar que se trataba de arrendamientos no comprendidos en la Ley y, por lo tanto, regulables por el Derecho común, o bien que se trata de contratos mixtos, a los que deben aplicarse, buscando la armonía necesaria, las normas referentes a los arrendamientos de negocio y las relativas a los arrendamientos de vivienda. No nos parece admisible la primera solución, dados los términos en que el artículo 13 de la Ley aparece concebido; la segunda, en cambio, que parecería la más lógica, puede ofrecer dificultades insuperables en la práctica, ya que no se encuentra en la Ley ningún precepto que permita dividir la renta, fijando la correspondiente a cada una de las partes arrendadas.

Por ello estimamos que la única solución posible nos la ofrece la letra y espíritu del artículo 7.^o, antes examinado; es decir, que dando a la palabra *dependencias* una interpretación amplia, podemos concluir que, solamente cuando se trate de una pequeña industria doméstica de las señaladas en el mismo, podrá estimarse que lo primordial es la vivienda y el contrato de inquilinato propiamente dicho, y que cuando, por el contrario, se trate de un negocio que no reúna las indicadas características, habrá de estimarse el arrendamiento de local de negocio y tal destino, el primordial del contrato.

3.^o Que la actividad referida se halle organizada y se desenvuelva profesionalmente.—Ello es consecuencia natural del concepto que en el capítulo anterior formulamos de la empresa, cuya verdadera esencia radicaba, como vimos, precisamente en la idea de organización de personas o de bienes, creadora de nuevos valores, según hemos podido comprobar; urge, sin embargo, recordar que la actividad del empresario no requiere necesariamente la organización del trabajo ajeno; pero que ninguna actividad económica organizada puede desenvolverse si no es por medio de la hacienda de la empresa o patrimonio mercantil. De aquí se infiere también que para que una empresa exista, para que

pueda hablarse de un negocio propiamente establecido, se precisa una actividad duradera, estable, desenvuelta sistemáticamente, sin la cual es imposible la subsistencia de una verdadera empresa, como ya observaba BALDO: "Una mercantia non facit mercatorem, sed professio et exercitium."

No otra cosa significa la habitualidad exigida por la doctrina para calificar de tal al comerciante: "Adviértase que la habitualidad—decía ALVAREZ DEL MANZANO—no consiste en el número ni en la frecuencia de los actos mercantiles, como pudiera creerse a primera vista, sino en el carácter que el ejercicio de esos actos imprime en el sujeto llamado comerciante. El número o la frecuencia de los actos pueden constituir, a lo sumo, indicios para concluir el estado del sujeto, pero no para determinar el estado mismo. Un particular que, con objeto de realizar pagos o cobros, intervenga frecuentemente en el giro de letras de cambio, no por eso es un comerciante. Por el contrario, un comerciante no deja de serlo aunque sólo una vez haya intervenido en el giro de una letra" (18). No es necesario, por otra parte, que la persona que realice habitualmente esta clase de actos tenga como profesión única, ni siquiera principal, dicho ejercicio. Lo decisivo en esta materia es el propósito de dedicarse con habitualidad a ese género de actos, aunque el mismo no se haya iniciado en el momento de celebrarse el contrato de arrendamiento. El desenvolvimiento meramente ocasional de tal actividad no basta para determinar esta cualidad profesional, ni mucho menos para determinar el nacimiento de una empresa propiamente dicha. No basta, por lo tanto, el que ocasionalmente se haya desenvuelto en el local arrendado una actividad de producción o cambio para que el arrendamiento pueda estimarse de local de negocio.

4º *Que la actividad referida se desenvuelva con ánimo de lucro.* Este requisito se halla expresamente exigido por el artículo 1º, que habla de "fin lucrativo", como esencial para que pueda existir un arrendamiento de local de negocio, y, congruentemente, el párrafo segundo del artículo 8º determina que serán reputados como viviendas, a los efectos de esta Ley, los locales que "ocupen entidades benéficas, asociaciones piadosas y, en general, cualquier otra que no persiga fin de lucro". Siquiera esta finalidad lucrativa haya sido designada por los autores como distintiva de los actos de comercio, ningún inconveniente existe en extenderla también a los de producción de bienes económicos, y, en tal sentido, ser entendida como sinónima o equivalente de especulación.

"Los actos de comercio—dice GAY DE MONTELLÁ—deben caracterizarse por la finalidad de la especulación y del lucro. De aquí que no puede considerarse comerciante quien los ejecute para sus necesidades particulares" (19). El problema estriba en determinar si es posible y

(18) ALVAREZ DEL MANZANO, op. cit., pág. 217.

(19) GAY DE MONTELLÁ: *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, s. a., t. I, págs. 62 y 63.

en qué condiciones dedicarse a la producción o al cambio de bienes económicos sin perseguir una finalidad de especulación o lucro. O lo que es lo mismo, saber cuáles son las entidades a que se refiere el párrafo segundo del artículo 8.^º de la Ley. Prescindiendo de momento de las entidades públicas, a las que se refiere el párrafo primero del mencionado artículo, y limitándonos a las de carácter privado, puede servirnos de orientación en esta materia la definición contenida en el artículo 2.^º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que publicaba la "Instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la beneficencia particular", en la actualidad vigente, y según el cual: "Son instituciones de beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad. Cajas de Ahorros y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas, comúnmente, con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías." Y según el artículo 4.^º: "La beneficencia particular comprende todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares, y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los fundadores respectivos, o en nombre de éstos, y confiados en igual forma a Corporaciones, autoridades o personas determinadas.

Prescindiremos de momento de las entidades benéfico-docentes, objeto de especial regulación. En cuanto a *asociaciones piadosas* se refiere, entiende GARCÍA ROYO que son: "Las entidades, generalmente benéficas, que actúan con matiz religioso y las que tienden a conservar y propagar las ideas religiosas, sin formar parte integrante de la Iglesia, constituyendo generalmente sus recursos económicos las cuotas y donativos de los socios y aun de los demás ciudadanos. Entre ellas han de incluirse las Conferencias de San Vicente de Paúl, los Amigos de los Pobres, Acción y Juventud Católicas. Cofradías, etc." (20). Creemos, sin embargo, que esta expresión, aunque poco afortunada, debe entenderse en distinto sentido, con mayor amplitud, comprendiendo, incluso, a las Asociaciones y Comunidades religiosas (Religiones, en su doble modalidad de Ordenes y Congregaciones religiosas: Comunidades sin votos y Asociaciones de fieles), las cuales no parece puedan ser comprendidas entre las Corporaciones de Derecho público a que se refiere el párrafo primero del propio artículo 8.^º

Estimamos, sin embargo, con BELLÓN, que cuando estas entidades exploten en el local arrendado ciertas industrias, que al fin tienen propósito de lucro, aunque lo destinen a su propia subsistencia, deberá ser de aplicación al arrendamiento las normas relativas al de locales de negocio (21). El problema ofrece alguna dificultad, en cuanto el ar-

(20) GARCÍA ROYO, op. cit., t. I, pág. 297.

(21) BELLÓN: *Régimen legal de los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1947, página 33.

título 8.^o se refiere a "entidades que no persigan fin de lucro", y es evidente que las entidades benéficas y piadosas, aunque desenvuelvan o puedan desenvolver alguna actividad lucrativa, no persiguen un fin de lucro en sí mismas, o lo que es lo mismo, que el lucro no es en ellas lo principal, sino lo accesorio o secundario. Por ello creemos que se impone establecer a este respecto una distinción fundamental, determinada por el propio contenido del contrato de arrendamiento: si el local ha sido arrendado exclusivamente para residencia o sede de las actividades benéficas o piadosas de la entidad arrendataria, y ésta establece en el mismo un negocio, se producirá una infracción contractual, procediendo la resolución del contrato, al amparo de la causa cuarta del artículo 149 de la Ley, ya que el precepto que venimos examinando no supone, en modo alguno, una autorización concedida a las entidades de referencia para alterar el destino del local arrendado, ni un "negocio" o actividad de empresa deja de serlo porque sea una entidad benéfica o piadosa la que lo ejercite o desenvuelva. Si, por el contrario, el local ha sido arrendado para el ejercicio de tal género de actividades, por la misma razón apuntada, estimamos que el arrendamiento, por imperativo del artículo 1.^o (ejercerse en el local una *actividad* de industria, de comercio o de enseñanza con fin lucrativo), deberá reputarse de local de negocio.

El mismo régimen legal señala el artículo 8.^o para las demás entidades o asociaciones que no persigan fin de lucro. "Esta condición —dice GARCÍA ROYO— no lucrativa puede ser reconocida en el contrato de arrendamiento, en cuyo caso las partes habrán de pasar por las consecuencias legales de su calificación, o resultar de la actuación de dichas entidades a través del tiempo, pues tanto puede suceder que asociación motivada por fin de lucro abandonase este propósito, como puede ocurrir el supuesto contrario, no siendo suficiente a efectos de prueba la simple declaración estatutaria de aquel carácter, sino que habrá de examinarse su funcionamiento real" (22). En este grupo habremos de reputar comprendidas todas aquellas entidades a que se refiere la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, según cuyo artículo 1.^o: "Quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otros lícitos que no tengan por exclusivo objeto el lucro o la ganancia. Se regirán también por esta Ley los Gremios, las Sociedades de Socorros Mutuos, de Previsión, de Patronato y las Cooperativas de producción de crédito o de consumo." Se exceptúan, en cambio, en el artículo 2.^o: "Las Sociedades que no siendo de las enumeradas en el artículo 1.^o se propongan un objeto meramente civil o comercial." Claro está que citamos estos preceptos tan sólo con una finalidad de orientación, ya que son numerosas las entidades que, persiguiendo finalidades de las expresadas, se hallan sometidas al régimen de Leyes especiales.

(22) GARCÍA ROYO, op. cit., pág. 297.

Ya hemos visto en el lugar oportuno que el régimen especial del artículo 5.^o de la Ley no es aplicable a los Clubs, Casinos, Círculos, Peñas, Centros, etc., que no persiguen finalidad lucrativa, sino de simple recreo o cultura. Otro tanto ocurrirá con los Ateneos, Academias, Liceos, Colegios o Asociaciones de profesionales, etc. Especial consideración merecen las llamadas *Sociedades cooperativas*. Como es sabido, la cooperación persigue tres fines fundamentales: aumentar la retribución del trabajador, por su participación en los beneficios, en las Sociedades de producción; disminuir sus gastos, permitiéndole comprar más barato en las Sociedades de consumo y adquirir dinero a préstamo, en condiciones favorables, en las Sociedades de crédito, naciendo tales beneficios de la supresión de un intermediario: el patrono, el comerciante o el banquero (23). En tal sentido las define el artículo 1.^o de la Ley de 2 de enero de 1942, según el cual "es Sociedad cooperativa la reunión de personas naturales o jurídicas que se obligan a aunar sus esfuerzos con capital variable y *sin ánimo de lucro*, al objeto de lograr fines comunes de orden económico-social, sometiéndose expresamente a las disposiciones de esta Ley".

Entre las distintas especies se señalan en el artículo 36 las siguientes: Cooperativas del Campo, Cooperativas del Mar, Cooperativas de Artesanía, Cooperativas Industriales, Cooperativas de Viviendas Protegidas, Cooperativas de Consumo, Cooperativas de Crédito, Cooperativas del Frente de Juventudes. Solamente podrán estimarse comprendidas en la excepción del artículo 8.^o de la Ley de Arrendamientos urbanos las Sociedades cooperativas, cuyo régimen se ajuste a la citada Ley de 2 de enero de 1942. Igualmente estimamos comprendidas en el artículo que venimos examinando las entidades de cooperación y previsión, como son los Pósitos, los llamados Cotos Sociales de Previsión, las Mutualidades, las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, ya que, según el artículo 1.^o del "Estatuto para las Cajas Generales de Ahorro Popular" de 14 de marzo de 1933: "Las Cajas de Ahorros, con Monte de Piedad o sin él, comprendidas en las prescripciones del presente Estatuto, que constituirá la ordenanza reguladora de ellas, se reputarán Cajas Generales de Ahorro Popular, para diferenciarlas de las demás entidades de ahorro, y tendrán el carácter de instituciones benéficosociales." Y el artículo 2.^o del propio Decreto las define diciendo que: "Se entenderá por Cajas Generales de Ahorro Popular las instituciones de Patronato oficial o privado, exentas de lucro mercantil, no dependientes de ninguna otra empresa, regidas por Juntas o Consejos de actuación gratuita, y dedicadas a la administración de depósitos de ahorro de primer grado con el propósito de invertir los productos si los tuvieran, después de descontados los gastos generales, en constituir reservas, sanear el activo, estimular a los imponentes y realizar obras sociales y benéficas."

Finalmente, hemos de estudiar en este punto el régimen legal que deba de aplicarse al

(23) GARCÍA OVIEDO: *Derecho administrativo*, Madrid, 1943, t. II, pág. 250.

Arrendamiento de locales destinados a la enseñanza.—Como observa atinadamente GARCÍA OVIEDO, la enseñanza, en cuanto interés individual e interés colectivo, debe ser actuada por el doble esfuerzo del particular y del Estado, y así surgen dos clases de enseñanza: la privada o particular y la pública u oficial. Es aquélla la organizada y sostenida por los particulares. Es la segunda la organizada y mantenida por el Estado o entidades públicas, según criterios de ordenación racional y administrativa. Es ésta la enseñanza considerada como servicio público, tan vasta y potente en los países actuales (24). Claro está que cuando se trate de arrendamientos concertados por el Estado o por cualquier otro ente público, para el establecimiento en ellos de un Centro de enseñanza oficial o pública, en cualquiera de sus formas o grados, el arrendamiento, como comprendido en el párrafo primero del artículo 8.^º que venimos examinando, deberá someterse al régimen propio de los arrendamientos de vivienda.

Plantéase, en cambio, el problema cuando se trate de establecimientos de enseñanza particular o privada. A este respecto pueden distinguirse tres supuestos perfectamente diferenciados:

1.^º Fundaciones benéficodecentes de carácter particular, que, según el artículo 2.^º del Real Decreto de 27 de diciembre de 1912, se hallan constituidos por el "conjunto de bienes y derechos destinados a la enseñanza, educación, instrucción e incremento de las Ciencias, Letras y Artes", en cuanto constituyen *entidades benéficas*, se hallan sometidas, a tenor del párrafo segundo del propio artículo 8.^º, al régimen del arrendamiento de vivienda.

2.^º Ejercicio profesional de una actividad de enseñanza: en cuanto el ejercicio de la enseñanza constituye una profesión de carácter liberal, podemos establecer desde ahora que el ejercicio de la misma por una de las personas señaladas en el artículo 7.^º de la Ley no hará perder al contrato de arrendamiento el carácter de arrendamiento de vivienda. El problema se planteará cuando el local sea destinado *exclusivamente* al establecimiento de un Centro de enseñanza particular: será entonces preciso distinguir si el arrendatario se limita a ejercitarse en el local su propia profesión docente, o si, por el contrario, organiza en éste una verdadera empresa dedicada a la enseñanza, con ánimo de lucro. Sólo en el primer caso parece sean de aplicación las normas relativas al arrendamiento de vivienda, conclusión que se infiere a sensu contrario del artículo 1.^º: Si la enseñanza ejercida con fin lucrativo 2, lo que es lo mismo, de especulación, determina la existencia de un arrendamiento de local de negocio, cuando la misma no persiga semejante finalidad, sino que suponga meramente ejercicio de una profesión liberal, debe adaptarse al mismo régimen, aunque esté sometida a tributación, que las demás profesiones liberales o funciones públicas a que se refiere el artículo 7.^º de la Ley.

3.^º Establecimiento de un Centro de enseñanza con *fin lucrativo*: Supone siempre algo más que el mero ejercicio de una profesión li-

(24) GARCÍA OVIEDO, loc. cit., pág. 115.

beral, implicando, como hemos visto, la organización de una empresa propiamente dicha. Es decir, que cuando en el Centro de enseñanza no se limite un profesional al ejercicio de su propia profesión, sino que exista una organización de personas y bienes cuyo primordial destino sea la obtención de un lucro, habremos de entender que el arrendamiento se rige por las normas del de locales de negocio. La existencia de personal retribuido, cuyo trabajo haya de regirse por la Reglamentación relativa al trabajo de la enseñanza privada (de 15 de noviembre de 1945), será un claro indicio de la existencia de un negocio de esta clase. Otro tanto ocurrirá cuando se asocien con finalidad de esta clase varios profesionales, acordando distribuir entre sí los beneficios obtenidos por este procedimiento, ya que tal asociación implica la existencia de una verdadera Sociedad civil, cualquiera que sea la forma que se dé al contrato.

Un especial problema plantea el caso de que el establecimiento de enseñanza pertenezca a una Asociación religiosa. ¿Deberá entenderse en este caso que se trata de una verdadera empresa? No se ve claro aquí el que pueda señalarse un fin específico de lucro: más bien parece que nos encontramos ante uno de los supuestos a que se refiere el artículo 8.^º de la Ley, siendo las normas a aplicar las relativas al arrendamiento de viviendas. Puede, sin embargo, ocurrir que en el referido establecimiento toda la enseñanza que se preste sea retribuida, e incluso sucede con frecuencia que se utilice personal ajeno a la institución; pero teniendo en cuenta el destino benéfico o piadoso del establecimiento, en que el lucro es lo secundario y la formación religiosa de los alumnos lo fundamental, no creemos pueda hablarse de la existencia de un verdadero negocio o empresa de carácter económico.

5.^º Que la actividad referida se ejercente con establecimiento abierto.—Tal exigencia aparece impuesta expresamente por el artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos urbanos, y justifica la excepción contenida en el 10 de la misma. Bastará, a estos efectos, la apertura de hecho del establecimiento, o lo que es lo mismo, que a éste pueda tener acceso libre el público, más o menos restringido, según la clase de actividad que en él se desenvuelva. Claro indicio de ello será la circunstancia de que previamente a su funcionamiento haya debido instarse la correspondiente licencia administrativa de apertura; pero la circunstancia de que ello no haya sido así no supondrá que no pueda hablarse de local abierto, ya que tal cuestión constituye en el fondo más bien un problema de hecho que de derecho.

Lógica consecuencia de tal requisito es el artículo 10, según el cual: "El local destinado a mero escritorio u oficina no se reputará local de negocio, sino vivienda, aunque su inquilino se valga de él para ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo; pero cuando interíormente se comunique con otro ocupado por el mismo arrendatario, que merezca la conceptuación de local de negocio, ambos se considerarán como uno solo de este último carácter. Será también aplicable a los depósitos y almacenes lo establecido en

el párrafo anterior para los escritorios u oficinas." En principio, podemos afirmar se reputa de vivienda el arrendamiento de locales para oficina, escritorio, almacén o depósito o, añadiremos nosotros, cualquiera otra finalidad análoga. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que una oficina o escritorio, un almacén o depósito, es algo que en sí mismo no significa nada, su finalidad se halla determinada por el destino que se le atribuya en cada caso concreto: puede la oficina o escritorio integrarse en una actividad profesional propiamente dicha, que no reúna los caracteres de empresa propiamente dicha (por ejemplo, el despacho de un médico, de un abogado, establecimiento de un Registro público, etc), en cuyo caso es natural se repite el arrendamiento como arrendamiento de vivienda; puede igualmente el almacén o depósito destinarse a una finalidad particular, que ninguna relación guarde con un negocio (guardamuebles, garaje o cochera, etc., de un particular y para su exclusivo servicio), en cuyo caso es también natural que se le atribuya el mismo régimen.

El problema se plantea cuando la oficina, escritorio, almacén o depósito se utilice para "ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo". En tales supuestos, distingue el legislador según el referido local *se comunique o no interiormente* con otro ocupado por el mismo arrendatario, que merezca la conceptuación de local de negocio. En el primer caso, el régimen aplicable será el propio de los arrendamientos de local de negocio; en el segundo serán de aplicación las normas relativas a los arrendamientos de vivienda. Parecen entrar aquí en juego dos principios diferentes: de una parte, el de la accesoriad, reputándose siempre principal el local de negocio, y de otro, el que exige la existencia de establecimiento abierto al público para que pueda hablarse propiamente de local de negocio, ya que es claro que los depósitos, almacenes, oficinas y escritorios, a los que la Ley se refiere, son *aquellos que no están abiertos al público*.

Sin embargo, aunque estos principios establecidos por la Ley parecen, a primera vista, suficientemente claros, pueden originar serias dificultades en la práctica. Ante todo, es preciso resolver la cuestión de si la exigencia legal de *comunicación interior* con un local de negocio supone unidad de contrato o, por lo menos, unidad de arrendador, o si, por el contrario, puede darse en todos los casos, bastando la unidad de arrendatario. Por ello juzgamos necesario señalar los distintos supuestos que en la práctica pueden darse:

1.º Arrendamiento único, con renta unitaria, de un local de negocio y otro de almacén, depósito, oficina o escritorio, pertenecientes a un mismo propietario, pero carentes de comunicación interior: este caso no creemos que deba resolverse dando distinto trato jurídico a cada uno de los locales, ya que ello, como hemos indicado en otras ocasiones, supondría romper, sin que ningún precepto legal lo autorice, la unidad de un contrato que fué querido indivisible por las partes, división que por otra parte no parece jurídicamente posible, ya que supondría una verdadera novación del contrato originario, sin que hu-

biese medio legal para determinar la renta correspondiente a cada uno de los locales. No será, por lo tanto, de aplicación a este supuesto el artículo 10 de la Ley, sino que en virtud del principio de la accesorieidad, al igual de lo que ocurre con los contratos mixtos de vivienda y local de negocio, deberá aplicarse a la totalidad del contrato (es decir, a ambos locales) el régimen del arrendamiento de local de negocio.

2.^º Arrendamiento de un local de negocio que se comunica interiormente con otro destinado a almacén, depósito, oficina o escritorio, perteneciente cada uno de ellos a distinto propietario, y existiendo dos diferentes contratos de arrendamiento, con renta distinta, como es natural, para cada local: a primera vista, una superficial lectura del artículo 10, que venimos examinando, pudiera hacernos pensar que aun en este caso serían de aplicación las normas del arrendamiento de local de negocio, ya que en aquél se habla tan sólo de que ambos locales estén ocupados *por el mismo arrendatario y se comuniquen entre sí*, sin que para nada se distinga si pertenecen o no al mismo arrendador. Sin embargo, si consideramos que, según el aludido precepto, "*ambos locales se considerarán como uno solo*", es decir, que se producirá, a tales efectos, una verdadera fusión de contrato, no parece que sea lícito producir tal consecuencia siendo distintas las personas de los arrendadores. Ello produciría problemas legalmente insolubles: por ejemplo, en caso de traspaso del negocio por el arrendatario, ¿quién de los dos arrendadores podría ejercitar el tanteo? ¿Qué parte habría de corresponder a cada uno de ellos en el precio pagado por el traspaso? Habremos, pues, de concluir que en tales supuestos deberán persistir ambos contratos como lo son en realidad, es decir, perfectamente distintos, sometido, el uno, al régimen especial de los arrendamientos de negocio, y el otro, al característico de los arrendamientos de vivienda. El traspaso del negocio, por lo tanto, no supondrá el del local en que el almacén, depósito, oficina o escritorio se encuentra situado, a no ser que en el contrato de arrendamiento de éste se hubiese estipulado lo contrario, pacto, por lo demás, perfectamente lícito, según trataremos de demostrar en el lugar oportuno.

3.^º Arrendamiento del local de negocio y arrendamiento de local para establecimiento de oficina, escritorio, depósito o almacén pertenecientes al mismo propietario, interiormente comunicados entre sí, y objeto de los contratos independientes de arrendamiento: creemos que a este caso se refiere particularmente la hipótesis del artículo 10 de la Ley, planteándose en este caso el problema único de determinar qué debe entenderse por *comunicación interior*. Desde luego, no parece que sea preciso para que ésta exista, ya que la Ley no lo exige que ambos locales se encuentren situados en la misma planta. Ahora bien, ¿bastará que tal comunicación se produzca indirectamente, a través, por ejemplo, de la escalera general de la finca y del portal de la misma? ¿O deberá exigirse, por el contrario, el acceso directo, por medio de una puerta o escalera particular o interior? Creemos que en cuanto el artículo examinado no habla de que ambos locales estén si-

tuados en la misma finca, sino que exige una comunicación precisamente interior, esta última será la interpretación que haya de darse a la norma, que, por otra parte, y en cuanto contiene una excepción, no debe ser susceptible de aplicación extensiva.

Esto sentado, nos parece indudable que cuando no existiendo, en el momento de la celebración del contrato, tal comunicación interior, la crease el arrendatario, sin el consentimiento del propietario, al producirse una transformación del destino del local arrendado, será posible pedir la resolución del contrato de arrendamiento del local destinado a oficina, escritorio o almacén, al amparo de la causa cuarta del artículo 149. No creemos, por otra parte, que sea lícito a la autonomía privada alterar en casos concretos el alcance del artículo 10, mediante estipulaciones en que se niegue el carácter de arrendamiento de negocio al que tenga por objeto locales de esta clase, cuando estén interiormente comunicados; sin embargo, dada la libertad de estipulación del artículo 11, el arrendatario, al contratar, podrá renunciar a todos los beneficios que la Ley le concede, excepto el de la prórroga.

c') *Algunos casos dudosos de arrendamiento de local de negocio.* Una vez examinados los requisitos generales exigidos para que pueda apreciarse la existencia de un verdadero arrendamiento de negocio, se impone el estudio de algunos casos concretos que pueden ofrecerse en la práctica y cuya calificación aparece como dudosa. Ya en las páginas anteriores hemos tenido ocasión de señalar algunos de ellos, que ahora completaremos con varios más:

1.º *Entidades bancarias.*—Según el artículo 37 de la Ley de Ordenación bancaria de 31 de diciembre de 1946: "Ejercen el comercio de Banca las personas naturales o jurídicas que con habitualidad y ánimo de lucro reciben del público, en forma de depósito irregular o en otras análogas, fondos que aplican por cuenta propia a operaciones activas de crédito y a otras inversiones, con arreglo a las Leyes y a los usos mercantiles, prestando además, por regla general, a su clientela servicios de giro, transferencia, custodia, mediación y otros en relación con los anteriores, propios de la comisión mercantil." Infírese de aquí que el legislador, siguiendo la general corriente de la doctrina y la jurisprudencia, atribuye a las entidades bancarias todas las características del comerciante colectivo o individual, según se trate de Sociedades o banqueros individuales. Como observa FERRARA que la actividad bancaria tiene naturaleza mediadora, es algo perfectamente claro, porque la Banca, por un lado, se proporciona el dinero que maneja en abundancia, mediante las llamadas operaciones pasivas, y de otro, lo da a quien lo necesita, mediante las operaciones activas, persiguiendo además, con su actividad, una finalidad de lucro indudable (25).

De lo dicho se infiere que a los contratos de arrendamiento de locales para el ejercicio de una empresa bancaria serán de aplicación las normas propias del arrendamiento de negocio. Caso distinto será el

(25) FERRARA op. cit., pág. 26, nota.

del local arrendado exclusivamente para escritorio u oficinas, al que únicamente tengan acceso los empleados y personal de la empresa, pero no el público en general: en tales casos habrá de acudirse al precepto contenido en el artículo 10, y si falta la comunicación interior con otro local abierto al público, las únicas disposiciones aplicables serán las relativas al arrendamiento de vivienda.

Pero todo esto, que aparece perfectamente claro cuando se trata de la llamada Banca Privada, ofrece serias dificultades en el supuesto de arrendamiento de un local para el establecimiento de la llamada Banca Oficial: su régimen legal hállase establecido en los Estatutos y Reglamentos, así como en las disposiciones dictadas con carácter particular para cada uno de estos establecimientos: entre ellos podemos señalar el Banco de España, el Hipotecario de España, el de Crédito Industrial, el de Crédito Exterior y el de Crédito Local, todos los cuales dependen de la Comisaría de la Banca Oficial (creada por Decreto de 12 de marzo de 1938). ¿Este carácter *oficial* presupone que haya de aplicarse a estos arrendamientos la norma contenida en el párrafo primero del artículo 8.º, siéndoles, por lo tanto, de aplicación el régimen de los arrendamientos de vivienda? Estimamos que el hecho de que el Estado tenga una intervención directa y una participación constante en esta clase de entidades bancarias no autoriza a concebirlas como personalidades de Derecho público ni como organismos estatales propiamente dichos, de donde se infiere que a los efectos del contrato de arrendamiento les serán de aplicación las mismas normas que a los establecimientos de Banca privada o particular.

Puede ocurrir, por otra parte, que una persona tenga en su propia vivienda una oficina de la Agencia o Delegación de una entidad bancaria, que atienda por sí mismo, dado el escaso tráfico de la misma: en tales supuestos parece que será de aplicación el artículo 7.º de la Ley, y, por lo tanto, el contrato se regirá por las normas del arrendamiento de locales de viviendas y no por las del de locales de negocio.

2.º Las entidades aseguradoras. — La actividad de las empresas aseguradoras consiste en procurarse capitales, haciendo pagar una prima a todos aquellos que están expuestos a un mismo riesgo, para indemnizar después, con las sumas así recolectadas, a las personas afectadas por el siniestro: se trata, ni más ni menos, que de una mediación en la circulación de capitales, con la única característica de que ésta se desenvuelve con ocasión de un riesgo al cual está sujeta una colectividad de personas, a fin de eliminar el daño padecido por alguna de ellas. Impónese en esta materia una esencial distinción: según el artículo 38º del Código de Comercio, será mercantil el seguro si fuere comerciante el asegurador y el contrato a prima fija, o sea cuando el asegurado satisfaga una cuota única o constante, como precio o retribución del seguro. Solamente en estos casos creemos que cabe hablar de la existencia de una empresa aseguradora propiamente dicha y atribuir al local arrendado para su establecimiento el carácter de local de negocio. Cuando se trate de un seguro de naturaleza civil,

o cuando la entidad tenga el carácter de *mutua* propiamente dicha (en el seguro mutuo todos los participes son a la vez aseguradores y asegurados: dos o más propietarios se aseguran mutuamente del daño fortuito que sobrevenga en sus bienes respectivos), estimamos por el contrario, que el régimen a aplicar será el característico del arrendamiento de vivienda. Al igual de lo que dejamos dicho en relación a los Bancos, repetiremos aquí que los locales destinados a meros escritorios u oficinas de una entidad aseguradora, cuando no se hallen abiertos al público, sino simplemente ocupados por el personal de la entidad, será de aplicación el régimen de las viviendas, así como cuan-*do* se trate de Agencias o Representaciones que el agente o representante tenga instaladas en su propia vivienda, siempre que se den las condiciones exigidas por el artículo 7.^o

3.^o *Oficinas y Agencias comerciales y otras similares.*—Nos referimos bajo este apartado a todos los contratos de arrendamiento de locales para el ejercicio de una actividad perteneciente a la categoría de las que los mercantilistas denominan de auxilio independiente, es decir, a aquellos casos en que el arrendatario sea un auxiliar independiente (medianero) del comerciante. Conforme a su sentido gramatical, se comprende bajo esta denominación a todas las personas que se dedican a facilitar la celebración de los contratos, bien proponiendo negocios a cuantos deseen contratar, bien procurando acercar a ambas partes. En este sentido, los define BLANCO CONSTANS como "los auxiliares independientes del comercio que, indagando la voluntad y conveniencias de las partes, se dedican profesionalmente a mediar entre ellas, facilitando de esta manera la celebración y conclusión de los actos comerciales y dando con su intervención autenticidad a los mismos". En este sentido, podemos señalar entre ellos a los agentes de Cambio y Bolsa, los corredores ordinarios de Comercio y los corredores intérpretes de buques (26). Junto a esta categoría, constituida por los que la doctrina italiana denomina mediadores públicos, tenemos la de los mediadores privados (agentes comerciales). Según VIVANTE, el mediador que ejerce profesionalmente esa actividad se hace comerciante (27). No faltan, sin embargo, autores que estiman que si bien desde el punto de vista económico tienen aquella consideración, como también la tienen los factores y demás dependientes de comercio, desde el punto de vista jurídico, observa BLANCO CONSTANS, son principalmente arrendatarios de servicios, que se dedican habitualmente, no a practicar actos de comercio, sino a facilitar su realización, acercando a las partes para que de una manera más segura y rápida celebren sus transacciones (28).

Impónese, sin embargo, una distinción: en cuanto se refiere a los agentes mediadores del comercio, a que se refiere el Código de Comercio en el Título VI de su Libro I (agentes de Cambio y Bolsa,

(26) BLANCO CONSTANS, op. cit., pág. 609.

(27) VIVANTE op. cit., t. I, pág. 257.

(28) BLANCO CONSTANS, op. cit., pág. 617.

corredores de Comercio y corredores intérpretes de buques), son considerados por la exposición de motivos que precede al mismo "como funcionarios que tienen la fe pública", carácter que expresamente les reconoce el Tribunal Contencioso en su sentencia de 30 de enero de 1895. Como observa atinadamente GAY DE MONTELLÁ, "la Ley los quiere imparciales y alejados de la contaminación codiciosa del lucro que lleva consigo toda operación comercial" (29). De ello parece inferirse que a los mismos será aplicable el artículo 7.^º de la Ley de Arrendamientos urbanos. Puede, sin embargo, ocurrir que el local arrendado lo haya sido exclusivamente para el ejercicio de una actividad de esta clase teniendo el arrendatario su vivienda en otra parte. ¿Será en tal supuesto de aplicación el régimen propio de los locales de negocio? Si atendemos a lo preceptuado en el artículo 792, que califica siempre de fraudulenta la quiebra de esta clase de agentes, y tenemos en cuenta que la quiebra es solamente posible cuando se trata de comerciantes, habría de concluirse que su actividad constituye un comercio propiamente dicho, y que, por lo tanto, tal sería el régimen aplicable a esta especie de contrato. Ello no obstante, si tenemos en cuenta, de una parte, ese carácter de funcionarios públicos, de otra la circunstancia de que tales agentes cobren honorarios conforme a aranceles legalmente aprobados, lo que excluye la idea de especulación o ganancia ilimitada que supone el ánimo de lucro a que la Ley de Arrendamientos urbanos se refiere, y si al mismo tiempo consideramos la prohibición que en la Ley de 20 de marzo de 1913 se les impone de ejercer el comercio relativo a la especie de mediación que profesan, habremos de concluir que aquella declaración del Código de Comercio nada supone a los efectos de la Ley de Arrendamientos urbanos, ya que una cosa es que para determinados efectos se aplique a estos mediadores las normas o, mejor dicho, algunas normas propias de los comerciantes, y otra, muy distinta, que su actividad profesional pueda reputarse comercio propiamente dicho. Concluimos, por lo tanto, que a tales arrendamientos habrán de aplicarse las normas propias de los de vivienda.

Perfectamente diferenciados de aquéllos se nos presentan los llamados corredores libres. A este respecto tenemos el Reglamento del Cuerpo de Agentes Comerciales, publicado por Decreto de 21 de febrero de 1942, según cuyo artículo 1.^º, párrafo 2.^º: "Se entenderá por *agente comercial* todo *comerciante* que esté encargado de un modo permanente de realizar o preparar contratos mercantiles en nombre y por cuenta ajenos". Como observa FRANCESCHELLI, contenido del contrato de agencia es una actividad de empresa propiamente dicha, actividad de carácter auxiliar, si se la considera en relación con la de los comerciantes que utilizan sus servicios, pero principal en cuanto al agente mismo se refiere: esta actividad se desenvuelve profesionalmente, esto es, con caracteres de estabilidad, continuidad y organiza-

(29) FRANCESCHELLI, op. cit., págs. 118 y 119.

ción, supone una función propiamente mediadora y riesgo, consistente en los gastos de organización que el agente ha debido realizar. De lo dicho parece inferirse que, si bien así cuando dicha actividad se desenvuelva en la propia vivienda del agente, el arrendamiento deberá reputarse de vivienda a tenor del antes citado artículo 7.^º, cuando, por el contrario, suponga una organización amplia de personas o cosas en local independiente, habrá de considerarse como verdadero negocio, y el arrendamiento ser sometido al régimen de los de esta clase. Tales principios deben ser aplicados a las llamadas agencias de transportes, de seguros, bancarias, etc.

En cuanto a los llamados *Gestores de negocios*, que el artículo 1.^º del Reglamento de 28 de noviembre de 1933, define en su párrafo segundo como: "Aquellos que, de modo habitual y por profesión se dedican a promover y activar en las oficinas públicas, mediante la percepción de honorarios, toda clase de asuntos de particulares o de Corporaciones", parece, a primera vista que no desenvuelven actividad de industria o comercio propiamente dicha, sino tan sólo una actividad de carácter profesional, y que, por lo tanto, sus arrendamientos deberán ser reputados arrendamientos de vivienda. Sin embargo, puede ocurrir, y de hecho ocurre con gran frecuencia, que una gestoría de negocios (o administrativa), suponga una verdadera organización objetiva, que reúna todas y cada una de las notas características de una verdadera empresa: sólo en tales casos parece posible aplicar a los locales arrendados para su establecimiento la calificación de locales de negocio:

Un problema especial plantean los locales arrendados por los llamados *Agentes y Comisionistas de Aduanas*, a quienes califica la Ley de Contrabando y Defraudación de 14 de enero de 1929, en su artículo 9.^º, a los efectos de la calificación de los delitos conexos, de *funcionarios públicos*, y a quienes considera el art. 1.^º del Decreto de 21 de mayo de 1943 como "intermediarios entre la Administración y el Comercio", y, por lo tanto, "colaboradores de la Administración, directamente subordinados a la Dirección General de Aduanas". Su posición aparece, por lo tanto, asimilable a la de los intermediarios públicos (Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, etc.), y podemos dar aquí por reproducido cuanto dijimos en relación a los arrendamientos de locales para el ejercicio de las actividades de estos últimos.

En cuanto a las denominadas *Agencias de Viajes*, no existe la menor duda acerca de su carácter de "negocios", a todos los efectos. Expressamente les atribuye tal carácter el preámbulo del Decreto de 19 de febrero de 1943, donde literalmente se dice: "La función de quienes se dedican a negocios incluidos bajo la denominación de Agentes de viajes...", y en el artículo 1.^º del mismo se califica de "actividades mercantiles" las desenvueltas por esta clase de entidades, que son definidas en el artículo 2.^º

4.^o *Estancos y Administraciones de Loterías.*—En cuanto a los estancos se refiere, tenemos que, realizándose en ellos la venta de tabaco, cerillas y efectos timbrados por comisión de la Compañía Arrendataria, cuyo Monopolio, según la Base V de la Ley de Bases de 18 de marzo de 1944, es un "servicio público patrimonializado, cuya explotación se realizará por la empresa adjudicataria del concurso con la colaboración e intervención del Estado, en la forma que se señala en estas Bases, y con subordinación al interés público". pudiera pensarse que nos encontrábamos ante uno de los supuestos a que el artículo 8.^o, en su párrafo primero, se refiere. El problema, sin embargo, ofrece mucha mayor complejidad. Prescindiendo por ahora de la naturaleza de los arrendamientos de locales llevados a cabo por la Compañía Arrendataria, y limitándonos tan sólo a los celebrados por los expendedores para el establecimiento de sus respectivos estancos, tendremos que, aunque el nombramiento de éstos se hace por el Ministerio de Hacienda, siendo administrativamente limitado su número y establecimiento, precisando de especial aprobación el lugar elegido para establecerlos, en realidad, los expendedores han de pagar los géneros y efectos al contado, soportando el riesgo de los mismos, lo que parece indicar que sus actividades se desenvuelven, a pesar de esos límites, con cierta independencia económica, no faltando alguna disposición, como, por ejemplo, la Real Orden de 28 de septiembre de 1880, en que expresamente se les califica de "industriales". Sin embargo, entendemos que, dada la legislación que rige en la materia y lo dispuesto en relación a esta clase de arrendamientos por la Circular de la Dirección General de Rentas Estancadas de 25 de septiembre de 1854, difícilmente podría atribuirse a los mismos el carácter de locales de negocio, aplicándoseles, en consecuencia, las normas propias de esta clase de contratos. Por ejemplo, estimamos que un traspaso de estanco sería negocio contrario a la Ley. Por todo ello creemos que son las normas relativas a las viviendas las de aplicación en estos casos, y ello en virtud de una extensión analógica del artículo 8.^o de la Ley de Arrendamientos urbanos.

Con mayor claridad aparece esto en cuanto se refiere a las llamadas *Administraciones de Lotería*. En efecto, según la Instrucción General de Loterías de 25 de febrero de 1893, los administradores de loterías han de ser designados por la Dirección General, estableciéndose normas limitativas del emplazamiento de los locales, que la Ley considera y denomina específicamente "oficinas", prohibiendo expresamente en su artículo 240 "ejercer en las capitales de provincia industria o comercio en el mismo despacho o tienda en que se verifique la expedición de billetes si no hay la debida separación", no es legalmente posible el traspaso de dichas Administraciones, y el artículo 249 les atribuye expresamente el carácter de *funcionarios*. De todo lo dicho y de la circunstancia de que la actividad de los referidos administradores se limita a vender los billetes que les son entregados, obteniendo tan sólo una comisión por la venta, nos inclinamos a admitir que el arren-

diamiento de locales para esta clase de actividades debe ser sometido al régimen de las viviendas.

5.^o *Las denominadas sociedades o empresas de economía mixta.*— ¿A qué régimen deberán ser sometidos los arrendamientos en que aparezcan como arrendatarios las llamadas empresas de economía mixta? Tales Sociedades han sido definidas por GIRÓN TENA, en su notable monografía relativa a la materia, como: "A aquella sociedad cuyo capital social está constituido por aportaciones de particulares y de colectividades públicas, correspondiendo su gestión y administración a personas privadas y a las colectividades públicas interesadas" (30). Tales sociedades, en general, suelen estar sometidas a las normas de las Sociedades Anónimas, siquiera esa intervención y participación estatal determine graves problemas de construcción jurídica. Suelen citarse como ejemplos de esta clase de empresas la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S. A. (CAMPESA), la Compañía Arrendataria del Monopolio de Tabacos, el Banco de España, la Compañía Anónima "Iberia", para el tráfico aéreo, constituida por Ley de 7 de junio de 1940; la RENFE, las empresas mixtas cuya constitución autoriza la Ley Municipal de 1935, con participación de los Municipios, etc., etc.

No creemos que en ninguno de estos casos la participación o intervención del Estado, o de cualquier otra Corporación de derecho público en la empresa de que se trate, pueda suponer la transformación de ésta, a su vez, en una personalidad de derecho público también. En ninguna disposición legal existe base para fundar semejante afirmación: claro está que la intervención del Estado en tales empresas no es como personalidad patrimonial, sujeta a las normas del derecho privado, sino que participa haciendo uso de su *jus imperii*; pero la mecánica de las propias entidades, su manera de funcionar, la finalidad de especulación o lucro, aunque supeditada a los límites del interés público, que persiguen los socios o capitalistas privados que participan en el negocio, todo ello nos hace concluir que no parece sean de aplicación a estos casos las excepciones contenidas en el artícu'o 8.^o de la Ley de Arrendamientos urbanos, y que, por lo tanto, los locales arrendados para el establecimiento de semejantes empresas deberán ser regulados por las mismas normas que se refieren a los de locales de negocio.

6.^o *Laboratorios y farmacias.*—En cuanto a las farmacias se refiere, la duda surge en cuanto, de una parte, la profesión de farmacéutico constituye, en sí misma considerada, no una actividad de empresa, sino una verdadera profesión liberal, como la de médico, abogado, etc., etc.; y de otra, la Ley utiliza expresamente la denominación de *oficinas de farmacia*. Así, según el párrafo noveno de la Base XVI de la Ley de Sanidad de 25 de noviembre de 1944: "Queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia, incluso con las amortizaciones que se crean precisas, dejando a

(30) GIRÓN TENA: *Las Sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942, página 29.

salvo los derechos de la propiedad. El traspaso o venta de las oficinas de farmacia se efectuara en las condiciones que se determinen por la Dirección General de Sanidad en el oportuno Reglamento".

Sin embargo, esta denominación de oficinas no es por si sola suficiente para negar a las farmacias la calificación de locales de negocio, ya que, en todo caso, se trata de locales abiertos al público. La cuestión se centra, pues, exclusivamente, a determinar si las actividades en ellas desenvueltas por los farmacéuticos constituyen o no actividades de industria o comercio con finalidad lucrativa. La doctrina mercantilista ha planteado con anterioridad el problema de si los farmacéuticos que compran y revenden diversas sustancias y medicamentos pueden ser considerados como comerciantes. Algunos tratadistas entienden que no pueden tener ese carácter, porque ejercen una profesión esencialmente científica, porque su ocupación principal está en la preparación de los medicamentos y porque el valor de éstos proviene de la ciencia aplicada para su confección. Esta es la tendencia general de las legislaciones, si bien la antigua ley rusa, la sajona y las jurisprudencias francesa y austriaca les atribuían la calidad de comerciantes. Indudablemente, la índole del establecimiento del farmacéutico debe influir en su calificación, y así afirma algún mercantilista que cuando las compraventas que realiza al por mayor constituyen la base principal de su negocio, no puede menos de admitirse la idea de especulación y, por lo tanto, su cualidad de comerciante; pero si sólo se ocupa de la confección de los medicamentos dispuestos por los médicos, entonces no puede tener esta consideración.

No creemos que, dada la forma en que se desenvuelve la actividad de los farmacéuticos en los tiempos actuales, pueda dudarse de éstos—no la actividad propiamente dicha del farmacéutico—constituyan verdaderos negocios o empresas en el sentido de la Ley de Arrendamientos urbanos. Lo usual es la venta o, mejor dicho, la reventa de productos y medicamentos prefabricados, y dicha actividad es esencialmente mercantil, aunque sean los farmacéuticos los que la realicen. Por otra parte, la misma legislación española, a los efectos de la reglamentación del trabajo que en ellas se desenvuelve, les da esta calificación.

Problema distinto es el de los llamados *laboratorios*. Prescindiendo de momento de los laboratorios exclusivamente dedicados a la realización de análisis, y limitándonos a los que se dedican a la fabricación o preparación de las llamadas especialidades farmacéuticas, no creemos que se les pueda negar el carácter de verdaderas empresas, ya que en ellos la preparación y las ventas se hacen al por mayor. Es más, aunque según la Ley de Sanidad antes citada (Base XVI, párrafo 17): "Únicamente los farmacéuticos pueden poseer laboratorios individuales, salvo los casos en que éstos sean destinados a la preparación de productos biológicos, en que podrán ser propietarios de los mismos Licenciados en Farmacia, Medicina o Veterinaria", tenemos, que, según la adición introducida en dicha Base, por Acuerdo de la Presidencia de las Cortes de 16 de julio de 1946: "Recibirán el nombre de Laboratorios co-

lectivos los constituidos por dos o más propietarios, sean o no farmacéuticos, si bien el Director técnico habrá necesariamente de ser un facultativo de los indicados". Y la propia Base XVI admite que "las autorizaciones de elaboración y venta y las concesiones de instalación de laboratorio podrán ser objeto de transferencia".

Lo que ocurre es que para que a dichos locales sean de aplicación las normas propias del arrendamiento de local de negocio, será preciso que los mismos se hallen abiertos al público, conforme exige el artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos urbanos, ya que, en otro caso, nos encontraríamos ante la excepción que prevé el artículo 10 de la misma. Sólo, por lo tanto, cuando en el local se desenvuelva la actividad propiamente comercial del laboratorio, es decir, el contacto directo con los minoristas, podrá hablarse de un arrendamiento de la clase indicada. Por otra parte, debe también ser tenida en cuenta la excepción, igualmente aplicable a estos casos, contenida en el artículo 7.^º cuando se trate de una empresa de escasa importancia, que el farmacéutico o facultativo desenvuelve en su propio domicilio o vivienda, o alguna de las personas que en tal precepto se indican.

En cuanto se refiere a los llamados *laboratorios de análisis*, es indudable que cuando la actividad que en los mismos se desenvuelva sea la meramente profesional del facultativo, no podrá hablarse de la existencia de un verdadero local de negocio. En cambio, cuando exista una verdadera organización de empresa, con las notas antes indicadas, la cuestión variará por completo, debiendo concluirse que en tales casos son las normas propias del arrendamiento de locales de negocio las que serán de aplicación.

7.^º *Clinicas de Medicina o de Veterinaria*.—En principio, como ya en otro lugar hemos indicado, el desenvolvimiento de estas actividades meramente profesionales que supone la Medicina o la Veterinaria, no permite la calificación de un local para tal fin arrendado de local de negocio. Sin embargo, cuando estas denominadas clínicas supongan una organización que exceda de dichos límites, y que implique una verdadera explotación encaminada a la obtención de un lucro, y suponiendo inversión de capitales más o menos cuantiosos, habrá de señalarse la existencia de una verdadera empresa, cuyo establecimiento en el local arrendado determinará la aplicación del régimen de los arrendamientos de locales de negocio, con doble motivo si además de la asistencia médica se presta otra clase de servicios de naturaleza análoga o similar al hospedaje. Nada obsta a esta conclusión el hecho de que tal organización haya sido llevada a cabo con la sola aportación económica del mismo médico, siempre que se den todos los requisitos que anteriormente hemos señalado como característicos de la verdadera empresa.

Tal consideración se ha dado por el legislador desde hace tiempo a las llamadas Sociedades de asistencia médico-farmacéutica, entidades a las que el médico se encuentra normalmente vinculado por una verdadera relación de trabajo; la misma consideración, y por los mismos motivos tendrán las clínicas establecidas, por ejemplo, por las entida-

des aseguradoras. En cambio, no podrá darse tal calificación a los locales ocupados por clínicas o consultorios establecidos por Mutuas o Montepíos, que no persiguen fin de lucro, sino de simple asistencia de sus asociados, ya que, en estos casos, y conforme a lo establecido por el párrafo segundo del artículo 8.^o de la Ley de Arrendamientos urbanos, serán de aplicación únicamente las normas propias del arrendamiento de viviendas.

8.^o *Locales destinados a garajes, cocheras y guardamuebles.*—Pudiera, a primera vista, pensarse que siendo fundamentalmente el depósito el destino de tales arrendamientos, a los mismos debiera referirse el párrafo segundo del artículo 10 de la Ley. Ello, sin embargo, no puede admitirse en términos tan absolutos, sino que se impone establecer previamente algunas distinciones. Comenzando por los locales destinados a garajes o cocheras, podemos señalar los siguientes supuestos:

1. Arrendamiento de un local a un particular para que pueda encerrar en él su coche: en este caso, parece indudable que se trata de un arrendamiento sometido al régimen de viviendas, de conformidad con el artículo 10 de la Ley.

2. Arrendamiento de un local, más o menos amplio, a fin de que el arrendatario establezca en él su negocio de garaje, con o sin instalaciones: parece igualmente indudable que en tal supuesto se tratará de un verdadero arrendamiento de local de negocio, ya que las actividades que en él han de desenvolverse tienen todas las características propias de las actividades de empresa, y que el ánimo de lucro es palpable en tal supuesto.

3. Contrato de garaje propiamente dicho: es decir, aquel que define JACK como "un contrato por el que el propietario de automóvil conviene dejar su vehículo, mediante remuneración, en los locales destinados a tal fin de un garajista profesional, con la condición de poder utilizarle en los momentos que él quiera, durante el tiempo que dure el contrato" (31). Cuando no se trata de un contrato con un garajista profesional, dice VALVERDE, es un arrendamiento de cosas en que el propietario cede el uso del local sin contraer responsabilidad alguna que no sea de las derivadas del arriendo. Pero si se celebra el contrato de garaje con un garajista profesional, ya no puede encuadrarse en el arrendamiento de cosas porque el dueño del automóvil le entrega para su guarda y conservación. Más se parece al depósito, pero en realidad no lo es, porque la custodia del automóvil se interrumpe y se reanuda tantas cuantas veces quiera utilizarle el dueño (32).

No es este, sin embargo, el criterio mantenido en la S. de 10 de junio de 1929, donde se sienta la doctrina de que: "El acto de llevar a encerrar un automóvil a un garaje mediante el pago de la cantidad de

(31) JACK: *Les obligations et la responsabilité du garagiste*, en "Revue trimestrielle de droit civil", 1932, pág. 603.

(32) VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, Valladolid, 1937, página 756.

2,50 pesetas por dia, sin que consten pactos o cláusulas especiales, constituye un *contrato de arrendamiento de local*, comprendido en la definición del artículo 1.543 del Código civil, aunque llevara implícita la obligación de parte del arrendador de vigilar y custodiar el automóvil en términos generales". Y añade: "Esta obligación de vigilancia y custodia del automóvil encerrado no desnaturaliza el contrato de arrendamiento de un espacio del garaje para convertirlo en depósito del coche, pues a favor de la primera calificación llevan la finalidad del acto de encerrar el automóvil, que, salvo pacto en contrario, no es otra que la de albergarle durante el tiempo que no funciona, sin que el dueño traspase la posesión del mismo al del garaje; la subsistencia del contrato por el mero hecho de volver a encerrar el coche después de haberlo sacado cuantas veces quiera el dueño, lo que contradice la naturaleza del depósito, del que no se alcanza la utilidad, no siendo por término adecuado a la necesidad de la guarda y conservación de la cosa, lo que puede establecerse por tiempo indeterminado contra lo que es de esencia del arrendamiento, a tenor del artículo 1.543 del Código civil, repugnando a la lógica de los actos el que en el transcurso de un día se constituyan y levanten tantos depósitos como veces entre y salga el automóvil del garaje, y la parvedad de la retribución, así como su uniformidad, tan desproporcionada por el primer concepto, con los riesgos y obligaciones de que habría de responder el dueño del local si tuviera el carácter de depositario."

Frente a la tesis clásica de la gratuitad esencial del depósito, admite la doctrina formas de depósito retribuido, elaborándose una teoría general de la custodia, la cual se manifiesta en no pocas figuras contratuales de naturaleza compleja que abundan en los tiempos modernos. Ello pudiera llevarnos a pensar con el Tribunal Supremo que en el caso presente nos hallábamos con un arrendamiento al que se habían añadido algunas obligaciones de custodia a cargo del arrendador. Sin embargo, aun admitiendo que nos encontrásemos aquí con un verdadero arrendamiento, no creemos que se pueda sostener la existencia de un arrendamiento de local: no es lo mismo arrendar un local que adquirir el derecho a realizar determinados actos dentro de ese local, u obtener de él ciertas utilidades. En primer término, puede distinguirse un doble supuesto: que el derecho adquirido consista en encerrar el coche en una jaula determinada existente dentro del garaje; o que el coche se haya de encerrar dentro del garaje, pero sin designación de lugar fijo, el cual puede variar de un momento a otro; en segundo lugar, puede limitarse el contrato a encerrar el coche y a que el garajista preste la debida custodia, cuyas características serán análogas a las que la Ley establece para los casos de depósito necesario a que se refiere el artículo 1.783 del Código civil (efectos introducidos en fondas y mesones), o extenderse incluso a la prestación de otros servicios, como son el de limpieza y engrase del coche.

Claro está que únicamente en el caso en que lo cedido fuese una jaula o local perfectamente determinado, podría sostenerse la existen-

cia de un arrendamiento de local, ya que en los demás supuestos no sería posible acotar en el espacio el objeto del arrendamiento. Sin embargo, estimamos que ni la protección ofrecida por la Ley de Arrendamientos urbanos a los inquilinos y arrendatarios se justifica en este caso, ni la relación arrendaticia urbana aparece debidamente configurada. A nadie se le ha ocurrido pensar que el hecho de tomar una habitación en un hotel constituya una forma de arrendamiento urbano, y en este caso parece que la relación es sumamente parecida. Ese elemento de custodia que aparece como esencial al contrato hace que éste no pueda ser catalogado entre las figuras típicas que nuestra legislación regula, dando lugar a un verdadero contrato atípico, cuyo régimen habrá de establecerse mediante la aplicación de los preceptos generales del Código civil en materia de contratos: se tratará siempre de un negocio complejo, integrado por elementos del arrendamiento de cosas, del depósito, del arrendamiento de servicios y, aun a veces, del de obra hecha. Lo que en modo alguno sería posible, ya que a él no se ajustan, es aplicarle las normas que regulan los arrendamientos urbanos, ya que éstas en modo alguno se pueden adaptar a las especialísimas relaciones que surgen del contrato de garaje.

Algo análogo ocurre con los llamados *guardamuebles*: Cuando se trate del arrendamiento de un local para que un particular deposite en él sus propios muebles, ya hemos visto que se tratará de un arrendamiento de vivienda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10; el problema se planteará cuando se trate de un negocio a esta finalidad dedicado: claro está que el arrendamiento de un local para el establecimiento de esta clase de negocio deberá reputarse arrendamiento de local de negocio; en cambio, los contratos celebrados por los particulares con el titular de un negocio de esta clase deberán de reputarse contratos de depósito o, por lo menos, si en su carácter oneroso se viera una dificultad insuperable para atribuirles semejante calificación, un contrato atípico, cuya esencia radicaría precisamente en la idea de custodia, ya que es esto lo que fundamentalmente se busca en esta clase de convenios.

9.^o *Locales destinados a fábricas y almacenes de venta al por mayor.*—Distintos son los problemas planteados por esta clase de contratos de arrendamiento, en cuanto ellos ponen a prueba la idea que de establecimiento abierto al público tuvo el legislador y el justo alcance que haya de atribuirse a los artículos 1.^o y 10 de la Ley. Si entendemos que es preciso para que se cumpla el aludido requisito el acceso material y material contacto del público con el local arrendado, la entrada física de la clientela al referido local, habríamos de concluir que cuando se tratase de fábricas, y, en la mayor parte de los casos, cuando se tratase de los llamados almacenes de venta al por mayor, el arrendamiento habría de entenderse arrendamiento de vivienda y no de local de negocio. Dariase con ello el absurdo de que cuando ese contacto se estableciese en un pequeño local u oficina a tal finalidad exclusivamente dedicado, y existiese, independiente de él, una gran fábrica, verda-

dera base del negocio, el traspaso del local sería posible en cuanto a la pequeña oficina, pero no en cuanto a aquél en que la fabricación se realizaba. Otro tanto ocurriría cuando las mercancías fuesen remitidas a los compradores o clientes, y no entregadas en el propio almacén donde en realidad el negocio se hallaba establecido.

Es claro que habiendo sido la voluntad del legislador el proteger los nuevos valores creados por el arrendatario en el local arrendado, tales conclusiones no parecen admisibles, en cuanto parecen contrarias a tal propósito legislativo. Será, por lo tanto, necesario el procurar una interpretación más conforme con la realidad de los hechos de los preceptos legales antes citados. De una parte, tenemos que el artículo 10 se refiere exclusivamente a escritorios, oficinas, depósitos o almacenes, no abiertos al público: no estimamos que sea lícito incluir bajo tales conceptos las fábricas, ni siquiera los almacenes, cuando éstos, aunque materialmente independientes de un local abierto al público, sean no meras dependencias de éste, limitadas al mero depósito de las mercancías, sino verdadero centro de la actividad comercial de compras y de ventas. De otra parte, estimamos que el hecho de estar abierto un establecimiento al público, no presupone necesariamente el hecho de que el público tenga acceso directo al local, ni siquiera que cargue o descargue las mercancías a la puerta del mismo y no en su interior, sino que bastará que en él se establezca el centro de la recepción y distribución de las mismas, la base de las actividades propiamente dichas de la empresa.

De lo dicho se sigue que no existiendo una razón que justifique en estos casos un trato de excepción, y no estando los mismos comprendidos en la norma del artículo 10, deberá, bien por una interpretación lo más amplia posible de la locución "establecimiento abierto al público", bien haciendo aplicación del criterio analógico que el artículo 13 preceptúa, deberán tales arrendamientos considerarse como de locales de negocio propiamente dichos. O lo que es lo mismo, que, únicamente cuando se trate de *meros* escritorios, oficinas, almacenes o depósitos en los que no gravite el verdadero centro de la actividad industrial o mercantil, ni estén abiertos al público, podrá pensarse en la aplicación del artículo 10; pero no cuando en los locales arrendados se desenvuelva toda o la parte esencial, por lo menos, de la referida actividad, ya que en este segundo supuesto puede afirmarse que, aun cuando el público no tenga acceso material a los locales, los mismos están abiertos al público, ya que a ello equivale el que en ellos se realicen las transformaciones y la distribución necesaria para que los productos o mercancías puedan llegar a los clientes, a los cuales se encuentran destinados. Sólo así será posible evitar la injusticia que otra calificación jurídica traería consigo.

Los derechos provinciales romanos y el problema del derecho foral español⁽¹⁾

URSICINO ALVAREZ SUAREZ

Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid

SUMARIO: I. *Los derechos provinciales romanos y el derecho de la metrópoli:* A) *La expansión de la ciuitas. El imperio universal;* B) *Los problemas políticos y jurídicos planteados por la expansión:* 1. *Los cambios de la organización estatal;* 2. *El ius Quiritium. El ius Gentium;* 3. *Las provincias y los derechos provinciales:* a) *El Principado. Sustantividad e incomunicabilidad de los derechos provinciales y el Derecho de la metrópoli;* b) *El Imperio y la Constitución de Carracaña del 212; Consecuencias teóricas y consecuencias reales de esta Constitución:* 1) *La hostilidad de la metrópoli hacia los derechos provinciales. Ejemplos;* 2) *La resistencia de los derechos provinciales frente al Derecho romano, y pervivencia de aquéllos. Ejemplos;* 3) *La interpenetración entre ambas esferas de derecho; influjos de los derechos provinciales en el Derecho romano; influjos del Derecho romano en los derechos provinciales. Oriente y Occidente;* C) *Conclusiones.*—II. *El problema del Derecho foral español.*

En el presente trabajo me propongo tratar de los Derechos provinciales romanos relacionando el problema histórico que su estudio presenta, con el tema del Derecho foral español.

Más, ante todo, es preciso formular nítidamente una previa y fundamental advertencia. No deja de ser verdad la frase, convertida en tópico, de que "la Historia es maestra de la vida"; pero resulta peligroso llevar esta frase hecha a sus últimas consecuencias; la Historia es un fluir de realidades vivas, con formas siempre distintas, y con substanicias siempre diversas; nada en la vida se repite con identidad; el hombre mismo se renueva y cambia íntegramente en cada instante: como cambia y se renueva el medio ambiente en el que vive. Conocido es el dicho del oscuro y solitario Heráclito: "No nos bañamos dos veces en una misma corriente; creemos que el agua que nos

(1) Conferencia pronunciada en los "Cursos universitarios de verano" organizados en Vigo por la Universidad de Santiago, año 1948.

recibe es aquella de la otra vez; pero el agua aquélla ya está lejos, tal vez perdida en el indiscernible mar. Creemos que el cuerpo sumergido es el que otro día se bañó: cada una de sus partículas, no obstante, ha sido substituida por otra..." "Ser y no ser, es la misma cosa, es, simplemente, devenir..."

Cada día, pues, cada momento, tiene su afán específico y propio. producto y cau.a a la vez, de la realidad en que vive.

No creáis, por tanto, que, en mi cualidad de humilde romanista, voy a presentar ante vosotros un tema de Derecho romano, defendiendo la necesidad de que las soluciones que para él encontraron los romanos hace d^{ec}isés siglos, las apliquemos nosotros ahora a un problema semejante. No: mi propósito se reduce simplemente a recordar que Roma hubo de enfrentarse con una cuestión muy parecida a la que hoy preocupa a los juristas españoles en relación con las diversidades de derechos locales; que procuró resolver este problema con medios diversos; y que, por fin, la fuerza imperiosa de la realidad produjo unas resultantes que pueden ser aleccionadoras para los momentos presentes.

Quede pues, bien claro, que yo no pretendo proponer soluciones para el problema de nuestro Derecho foral; sólo quiero avivar los recuerdos y advertir los espíritus; y sin con ello puedo lograr una más serena reflexión en los doctos, que permite centrar el problema en sus términos precisos, me sentiré sobradamente satisfecho.

I. Los Derechos provinciales romanos y el Derecho de la metrópoli

A) La expansión de la ciuitas. El Imperio universal.

Todos los que me escuchan saben muy bien que Roma fué, en sus principios, una pequeña ciudad fortificada, rodeada de unos veinte cantones latinos que poseían también sus propias ciudades: Alba-Longa, Preneste, Tusculum, Tibur, etc. Desde el siglo VIII a. C. en que la *ciuitas* de Roma nace a la vida, esta pequeña ciudad de las siete colinas va extendiendo poco a poco sus límites y desarrollando una maravillosa política de expansión, sujeta a su dominio, por medios diversos (conquista, anexión, tratados de amistad, etc.), primero Italia entera, y, por último, todo el orbe entonces conocido. En el siglo V a. C., Roma posee solamente unos 500.000 habitantes; en siglo III (274 a. C.) la Península Itálica formaba una confederación dirigida por Roma, que comprendía unos 700.000 hombres, de los cuales, 270.000 eran ciudadanos romanos, 80.000 latinos y los restantes pertenecían a pueblos diversos.

A partir del siglo III a. C. comienza la expansión de Roma fuera de Italia y el nacimiento de las primeras provincias; la primera guerra púnica pone en sus manos Sicilia y, poco después, Córcega y Cerdeña (264-241). Luchas posteriores determinan que hacia el 146

antes de Jesucristo todo el Mediterráneo, desde Portugal hasta Grecia inclusive, se halle bajo la dominación romana. Además de las Galias, van entrando en esta zona dominada, Asia menor, África del Norte y Egipto, incorporado en el año 30 a.C. En este tiempo, Roma cuenta con un territorio sometido de tres millones de kilómetros cuadrados (1.900.000 en Europa; 600.000 en Asia y 440.000 en África); más de un millón de estos territorios correspondientes a pueblos que habían experimentado directamente la influencia de Grecia o que habían combinado la cultura helénica con la oriental de Asia menor.

Todavía después de Augusto se aumenta y consolida este Imperio universal con el dominio de la parte central de Europa, Bretaña, Arabia, Armenia, Mesopotamia y Asiria.

He aquí el ejemplo único que Roma ofrece a la Historia; de la pequeña *ciuitas* con una población exigua, que en el siglo V a.C. tan sólo posee unos 50.000 habitantes, al dominio y control de todo el mundo entonces conocido; de la ciudad-Estado al Imperio universal.

B) *Los problemas políticos y jurídicos planteados por la expansión.*

Se comprende bien que, lo mismo que sucedería en un organismo humano, tal extraordinario crecimiento de la *res-publica* romana habría de traer consigo hondas complicaciones en el normal desarrollo de su vida pública, de sus estratos sociales, de su economía y de su derecho.

1) En cuanto a la organización de los poderes públicos, es decir, a lo que llamariamos Derecho político u organización estatal, la Historia de Roma es la Historia de una evolución en la que se pretendió, no siempre con éxito, ir conservando y acomodando la añeja estructura del Estado-ciudad a las nuevas exigencias de un territorio cada vez más extenso; de las insuperables dificultades con que tropezó este propósito, quedan huellas en el paulativo tránsito de la Monarquía primitiva a la República consular, y en la todavía más lenta transformación de la República en Imperio, a través de la maravillosa y genial figura de Augusto, que supo enmascarar con vestes republicanas la inevitable solución del Imperio absoluto. Paralelamente, y salvando el anacronismo que ello puede suponer, sería lícito decir que, con la unificación de Italia se llegó a crear la idea de una *nación* romana; y con la totalidad de las conquistas, se sustituyó esta idea por la de Imperio romano.

Las luchas entre el patriciado y la plebe son otro espejo, más turbio y complicado, de las repercusiones que la extensión de la *ciuitas* produjo en los estratos sociales y en la vida económica y jurídica de la primitiva ciudad.

2) Pero de todas estas repercusiones, nos interesa ahora fundamentalmente el estudio de la que al Derecho se refiere. La primitiva *ciuitas* había ido formando un conjunto de normas jurídicas de origen predominantemente consuetudinario y aptas para gobernar las sencillas

relaciones de una ciudad de campesinos, con una economía agraria y elemental, en la que el comercio desempeñaba un modestísimo papel. Este derecho primitivo, solemne y rígido, revestido de formalismos y ritos de los que no era posible prescindir, es el llamado Derecho quiritorio, *ius Quiritium*. Y posee una característica especialísima: no puede ser aplicado más que a ciudadanos romanos. El romano era orgulloso de su Derecho, lo consideraba un privilegio, y mostraba resistencia invencible a que fuera aplicado a quien no gozara de ciudadanía. Es característica la frase que más adelante ha de decir Cicerón: "podrás conocer hasta qué punto sobrepasó la sabiduría de nuestros mayores a la de los demás pueblos, si comparas nuestras leyes con las de Licurgo, Dracon y Solon. Pues es increíble cuan desordenado y casi ridículo es cualquier *ius ciuale* excepto el nuestro" (*de Orat.* I, 44, 197). Este carácter excluyente del Derecho de Roma, no constituyó ninguna dificultad mientras la *ciuitas* se mantuvo en sus exiguos límites; tanto más cuanto que tal exclusivismo resultaba paliado en la práctica por tratados de amistad con ciudades vecinas, en los que reciprocamente se concedía a sus habitantes la facultad de concertar entre sí actos de compra y venta (*cmendi uendendique iuicem ius*); de este modo, los extranjeros (*peregrini*) eran admitidos a participar en un campo bien restringido—el de la transmisión solemne de propiedad (*mancipatio*)—en alguna institución jurídica romana. Pero aún con esto, las relaciones jurídicas de los romanos con los extranjeros distaban mucho de haber logrado una solución satisfactoria: porque, de igual manera que el Derecho romano substantivo era sólo aplicable, en principio, a los ciudadanos romanos, el derecho procesal de la Roma primitiva, plasmado en el sistema de las acciones de ley (*legis actiones*), no era accesible tampoco a los extranjeros. Fué preciso, para resolver las controversias entre peregrinos y ciudadanos romanos, establecer un colegio especial de árbitros, los *recuperatores*, encargados de "restaurar a cada uno lo suyo": este Tribunal juzgador estaba integrado por tres o cinco miembros, elegidos (uno o dos de ellos) por cada una de las ciudades a que los litigantes pertenecían y presididos por un árbitro superior, perteneciente, por lo común, a una ciudad neutral.

Se comprende sin esfuerzo que tal modo de ordenar las relaciones comerciales con extranjeros sólo pudo mantenerse mientras éstas se encerraron dentro de modestos límites. Pero a partir del siglo III antes de Jesucristo, la expansión cobrada por Roma, intensificó de tal manera el tráfico mercantil que hubo necesidad de dotarle de los adecuados instrumentos jurídicos para atender a las nuevas necesidades. Estos instrumentos jurídicos fueron:

a) La creación de una nueva magistratura, instaurada en el 242 a.C., la del pretor peregrino, encargado especialmente de dirimir las controversias jurídicas entre extranjeros y ciudadanos romanos.

b) La formación de un nuevo sistema de Derecho, aplicable a los negocios jurídicos entre ciudadanos y extranjeros, que se deno-

minó derecho de gentes (*ius gentium*) en oposición al derecho peculiar y exclusivo de los ciudadanos romanos, derecho civil propiamente dicho (*ius ciuile*). No se crea, sin embargo, que este Derecho de gentes fué un sistema creado por Roma de modo imperativo y a virtud de disposiciones estatales; por el contrario, el Derecho de gentes se fué formando espontáneamente de los usos del tráfico comercial; y los negocios jurídicos que lo integran, ofrecen todos las notas de sencillez y simplicidad características del tráfico mercantil; así, por ejemplo, la compraventa consensual, seguida de la entrega de la cosa (*traditio*), que se utiliza en lugar de la *mancipatio* romana. Justamente estas características de las instituciones del Derecho de gentes determinaron que aún cuando nacidas para regular las relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros, de cuyas controversias conocía tan sólo el pretor peregrino, fueran pronto utilizadas por los ciudadanos romanos entre sí, aceptándolas como válidas el pretor urbano, que dirimía las controversias jurídicas suscitadas entre ciudadanos romanos.

Y llegamos así a la primera observación de interés: Roma, al enfrentarse con el problema de la vigencia de otros derechos extraños al suyo propio, en aquellas relaciones jurídicas entabladas entre ciudadanos y extranjeros, no intentó imponer a las partes coercivamente el Derecho romano, sino que aplicó a tales relaciones un sistema de Derecho especial, el *ius gentium*, nacido de los usos del tráfico, y dotado de tales caracteres de sencillez y comodidad que acabó siendo admitido por el propio Derecho romano y aplicado a las relaciones jurídicas de los ciudadanos romanos entre sí. De este modo, aquel primitivo *ius ciuile romanorum*, aquél *Quiritium* primitivo, ensanchó su marco, y encerró dentro de sí el Derecho de gentes recibido. Continuó, pues, quedando a salvo el principio de que el Derecho romano, sólo era aplicable a los ciudadanos romanos; con un dato de decisivo interés, a saber: el de que en el año 90 a. C. una *lex Julia* concedió la ciudadanía a los latinos, y en el 89, como episodio de la guerra social, le fué asimismo concedida a todos los habitantes de Italia. Desapareció, pues, así, el inconveniente para que el Derecho romano fuera utilizado en las relaciones jurídicas entre habitantes de distintas ciudades de la Península, ya que todos ellos eran ahora ciudadanos romanos. Y quedaban, por tanto, en vigencia dos sistemas jurídicos:

El derecho civil romano (con el derecho de gentes recibido), aplicable a todos los ciudadanos que integraban la Península Itálica, y

El derecho de gentes, aplicable a las relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros.

3) Pero la creciente expansión del poder romano, planteó nuevos problemas de orden jurídico. Las ciudades y reinos conquistados fueron integrados en la organización política de Roma con arreglo a soluciones muy diferentes.

a) Durante todo el *Principado* constituyó la regla general el respeto a sus instituciones jurídicas propias; es decir, todos estos

territorios continuaron rigiéndose por su propio Derecho; lo cual no excluye, ciertamente, que, en ocasiones, los habitantes de las provincias imitaran el Derecho romano que aplicaban los ciudadanos romanos residentes en ellas; ni tampoco el que, esto: mismos romanos, se sometieran con frecuencia al Derecho provincial, especialmente en cuanto a las relaciones contractuales se refiere. No obstante ello, puede afirmarse que durante esta época se mantuvieron inmunes tanto el Derecho romano de la metrópoli como los diversos Derechos provinciales.

b) La situación, sin embargo, se plantea en términos muy diversos después de la *Constitución de Antonino Caracala* del año 212. Resulta muy difícil puntuarizar el contenido exacto de esta Constitución así como la trascendencia que tuvo en la vida jurídica del Imperio romano. Las escasas fuentes de que disponemos respecto de ella, se acrecentaron en el año 1908 con el Papiro Gissen 40; pero las lagunas que ofrecen han sido un semillero de teorías y opiniones, bien estudiadas por nuestro *Alvaro d'Ors*, y que apenas permiten llegar a una conclusión definitiva. De todos modos, parece poder asegurarse que la Constitución de Caracala extendió la ciudadanía romana a la mayor parte de los súbditos del Imperio. Desde este momento, pues, y al menos teóricamente, el Derecho romano de la metrópoli debió aplicarse a todos los provinciales y en todas las provincias del Imperio, acaso pensando que a la idea de unidad política debía seguir la unidad jurídica; y, también teóricamente, debieron cesar en su vigencia los diversos derechos locales. Contribuye a reforzar esta tesis, que durante mucho tiempo prevaleció entre los romanistas, la evolución de las instituciones políticas romanas hacia la monarquía absoluta, con el consiguiente robustecimiento del poder central y subsiguiente desconocimiento de las autonomías locales.

Pero la realidad fué otra muy distinta. El Derecho es un producto espontáneo de la vida social de un pueblo; es un vivo manantial que nace y discurre, con fuerza propia, por las entrañas mismas de la colectividad. Se resiste, por tanto, a ser canalizado forzadamente, y mucho más a ser cegado, en un solo día, por la mano imperativa del legislador. Y así sucedió, que, a pesar de la Constitución de Caracala, y pese a los esfuerzos de los emperadores que a éste sucedieron hasta Diocleciano, dictando varias disposiciones encaminadas a lograr que el Derecho romano fuera aplicado en las provincias, este propósito imperial no fué logrado: los derechos provinciales siguieron viviendo con propia fuerza y energía. Lo único que sucedió fué que los habitantes de las provincias enmascararon su propio derecho con vestes romanas, para obedecer aparentemente las órdenes de los emperadores, pero manteniendo siempre, en cuanto les fué posible, la vigencia y validez de las instituciones jurídicas propias.

Un estudio detenido de este proceso de subsistencia de las instituciones locales y de este fenómeno que se ha llamado la lucha entre los derechos provinciales y el Derecho de la metrópoli obligaría a se-

parar Oriente y Occidente, pero no es éste nuestro objeto; nos limitaremos a recoger algunos datos salientes que puedan interesar a los juristas que nos escuchan.

En primer término, y como indicios de la hostilidad de los emperadores hacia los derechos locales, poscemos una serie de Constituciones del tipo de los rescriptos, es decir, respuestas dadas por escrito sobre cuestiones litigiosas, a instancias del juez o de las partes, en los cuales el monarca reacciona contra el intento de aplicar el Derecho provincial; sirva de ejemplo una Constitución de Diocleciano, del año 294, contenida en el Código, 2, 4, 39, en la que se expresa:

“Aun cuando aquel que haya hecho un pacto (de transacción) se arrepienta de él inmediatamente, no puede rescindirse la transacción ni plantearse el litigio, y quien intentó persuadirte de que es lícito volverse atrás de una transacción dentro de cierto plazo, te ha informado falsamente” (*falsum adseueravit*).

Particularmente interesante resulta a este propósito lo que sucedió en el campo de los negocios jurídicos relativos al tráfico. La transmisión de la propiedad en Roma podía tener lugar por dos medios: la *mancipatio*, acto solemne utilizado para la transmisión de las llamadas cosas *mancipi* (los fundos rústicos, las servidumbres rústicas, los esclavos y los animales de tiro y carga), que se verifica a presencia de cinco testigos y otra persona que mantenía una balanza (*libripenus*) en la que se simulaba pesar la cosa y el precio; el otro procedimiento, originario del Derecho de gentes, era la simple entrega de la cosa (*traditio*), precedida de un negocio jurídico obligatorio, normalmente un contrato consensual de compraventa. Junto a la *mancipatio* y la *traditio* existía la *usucapio* como modo de adquirir la propiedad de una cosa por la posesión continuada de ella durante cierto tiempo, y siempre que se dieran determinados requisitos. En ninguno de estos actos jurídicos desempeñaba papel alguno el documento escrito, y aun en aquellos casos en que se redactaba, nunca tenía función constitutiva, sino simplemente probatoria. Cosa muy distinta sucedía en las provincias orientales helenizadas, en las cuales la totalidad de los negocios jurídicos se hacía mediante escrituras; así, por ejemplo, por lo que a la transmisión de propiedad se refiere, era muy usado un documento especial, el catagraié (*καταγράψῃ*), de carácter notarial, en el que se registraba un acuerdo de compraventa con coetáneo traslado de la propiedad de la cosa. Frente a este principio, tan opuesto a los modos de transmisión romanos, dictó Diocleciano otro rescripto, en el año 293, que nos transmite, probablemente interpolado, el Código, 2, 3, 20, y en el cual, velando por las puras esencias romanas, se advierte que “el dominio de las cosas se transfiere por la tradición y por la usucapión, no por los nudos pactos” (*Traditionibus et usucaptionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*).

Véamos ahora otro ejemplo que nos ilustre sobre la resistencia de los derechos locales a dejarse cegar y absorber por el Derecho de Roma. Frente al propósito de los emperadores, ostensible ya desde

Alejandro Severo (222 d. C.), conforme recientemente ha demostrado ARANGIO RUIZ (en los *Anales del Seminario jurídico de la Universidad de Catania*, 1947, págs. 28 y ss.), de imponer en las provincias el Derecho romano, se aprecia perfectamente en los orientales que sus habitantes continuaban viviendo con arreglo a su propio Derecho indígena, más o meno: helenizado, si bien, como indicamos, procuraban disfrazarlo en lo posible con formas romanas para aparentar que obedecían las órdenes de los emperadores.

Así, por ejemplo, en lo relativo a los modos de transmitir la propiedad, continuaron usando el documento llamado *καταγραφή* a que antes nos referimos, en el cual no existía propiamente ni *mancipatio* ni entrega efectiva de la cosa (*traditio*); pero para cumplir el requisito de esta entrega exigido por el Derecho romano lo sustituyeron por la entrega del documento mismo; de este modo nació la *traditio per chartam*, que después había de alcanzar un gran desarrollo.

Extraordinariamente curioso es, en este mismo respecto, lo que sucedió en el orden de la contratación; la contratación romana, según es conocido, se centra alrededor de un contrato verbal y solemne, la *stipulatio*, en el cual la obligación nace por virtud de la fuerza vinculativa de determinadas palabras que se pronuncian por las partes. Este contrato verbal puede decirse que cubre toda la vida del Derecho romano, y aun cuando a través de ella sufrió una interesante evolución, bien estudiada por RICCIONE, puede afirmarse que en todo tiempo subsistió como requisito característico de ella la oralidad. En cambio, en los derechos provinciales de Oriente, según se expresó, la contratación se realizaba en su totalidad por escrito; el documento tenía valor constitutivo, es decir, engendraba por sí mismo la obligación. Pues bien; se da el interesante hecho de que en los documentos grecoegipcios posteriores a Caracala los notarios acostumbraban a poner una cláusula estipulatoria, es decir, una cláusula en la cual se expresaba que las partes habían realizado una *stipulatio*; así, los documentos terminan con las palabras *et stipulatus, spopondit* (*καὶ επονται οἵτις ὥμολόγεσεν*). El fenómeno es tanto más curioso cuanto que tal cláusula estipulatoria no aparece (salvo en un solo caso excepcional) en los papiros anteriores a Caracala, a pesar de que los peregrinos tenían acceso a la *stipulatio* romana. En cambio, después de Caracala aparece en todos los documentos, incluso en aquellos que contienen negocios jurídicos en los cuales nada tenía que hacer la estipulación con arreglo a las normas del Derecho romano, como, por ejemplo, en testamentos (papiro El-Faijúmer, de la Colección Rainer, publicado por WESSELY en los *Wiener Studien*, IX, págs. 241-2) y en emancipaciones (papiro del 354 publicado por YOUNG, *Hieroglyphics*, núm. 46).

La presencia de esta cláusula estipulatoria parece que debe interpretarse, pues, como un esfuerzo de los provinciales para acomodar su propio Derecho al Derecho romano; pero, sin embargo, surge aquí otro hecho de gran interés: ARANGIO RUIZ ha comprobado que la cláusula estipulatoria se halla en los papiros desde el 213 al 220; luego

existe un pequeño período en el que la cláusula desaparece, y desde septiembre del 221 vuelve a encontrarse de nuevo en toda clase de documentos. Ello hizo pensar en que tal cláusula, debida quizás al principio a la simple iniciativa de los notarios provinciales, fuera más adelante impuesta por alguna disposición de un emperador, acaso Heiliogábalo.

* * *

Basten estos ejemplos para ilustrar los dos fenómenos que hemos contemplado, a saber:

1. El propósito centralizador de los emperadores, a partir de Alejandro Severo (222), de imponer la aplicación del Derecho romano en las provincias.

2. La resistencia de éstas a abandonar sus instituciones jurídicas propias.

* * *

3. Pero todavía es necesario anotar un tercer fenómeno singularmente interesante. De este forcejero entre el Derecho romano de la metrópoli y los distintos derechos provinciales no salió ninguno de ellos vencedor; ninguno de estos manantiales jurídicos fué capaz de cegar al otro. Lo que sucedió fué que se mezclaron los cauces, y, como resultado de esta mezcla, el Derecho romano aplicado en las provincias se dejó influir por los derechos provinciales, pasando a formar lo que desde BRUNNER se denomina Derecho romano vulgar, y por su parte los derechos provinciales se dejaron también influir por el Derecho romano, desnaturalizándose y perdiendo sus esencias propias.

Por más que sea del máximo interés el estudio de este fenómeno, nos es imposible detenernos en él; nos limitaremos tan sólo, como en los anteriores, a poner algunos ejemplos ilustradores.

Tomando a *Egipto* como paradigma en el estudio de los derechos de las *provincias orientales helenizadas*, los papiros nos revelan curiosas desviaciones del Derecho romano aplicado en él; así, por ejemplo, esclavos capaces de tener bienes propios, mujeres nombradas tutores; la sustitución vulgar contenida en el famoso testamento de Longinos Castor se aparta de las normas puramente romanas para aproximarla al Derecho griego; asimismo, la figura del ejecutor testamentario que en este testamento aparece no tiene raigambre romana. Añádase, en el campo de los Derechos reales, la admisión de distintos medios que suplen la exigencia de la entrega efectiva de la cosa, es decir, la *traditio facta*, y en la esfera de las obligaciones, la degeneración de la *stipulatio*, que va progresivamente cargando su peso en el documento, primero redactado a fines simplemente probatorios, para atestigar un contrato verbal realmente celebrado, y que después alcanza tal valor que la existencia de la escritura hace presumir en todo caso que la estipulación se celebró, a menos que se demuestre la ausencia de una

de las partes en el lugar en que se contrató el día en que se dijo que la *stipulatio* fué realizada. Inversamente, el Derecho grecoegipcio se desnaturaliza y admite instituciones romanas que le eran extrañas; así, la *patria potestas* como poder del *pater*, en oposición al carácter tutivo y tutelar que era propio de aquel Derecho, en el que se extinguía a la mayor edad de los hijos; la emancipación romana junto a la apokerixis local (expulsión del hijo), etc., etc. En el campo de los Derechos reales y de las obligaciones, las desviaciones del Derecho grecoegipcio son menos profundas y se aprecian tan sólo en la utilización pura y simple de negocios jurídicos romanos que eran desconocidos del Derecho grecoegipcio, como, por ejemplo, la compra con entrega efectiva de la cosa, el depósito con plazo de devolución, la cesión de créditos, etc. etc.

En general, puede decirse que sólo quedó incólume en ambos Derechos la parte relativa al Derecho de familia, excepto algunos casos como el de la *zōpovή* griega, que influye en la dote romana, y el de la desaparición del matrimonio entre hermanos, propio del Derecho egipcio.

Por lo que a *Occidente* se refiere, ésta intercomunicación entre el Derecho romano y los Derechos indígenas, es mucho más difícil de precisar por la escasez de las fuentes. Frente a la extraordinaria abundancia de papiros que nos iluminan sobre las provincias grecoorientales, y muy en especial sobre el Egipto romano, en Occidente sólo disponemos del Código de Eurico, y la *lex romana visigothorum*, en especial en la *interpretatio* sobre las *Sententiae* de Paulo, y en el Epítome de Gayo. Sobre estas fuentes, Levy ha intentado rastrear el curso de los dos fenómenos que hemos señalado en Oriente. Como ejemplos de desnaturalización del Derecho romano aplicado en provincias, anotaremos el procedimiento para la emancipación de los hijos, que aquí se realiza por tres tradiciones sucesivas ante la Curia y siete testigos, en vez de las tres mancipaciones romanas; la superación rápida de la dualidad de sistemas sucesorios y el predominio de la basada en los lazos de sangre. En general, es curioso observar que la evolución del Derecho clásico al postclásico se acusa mucho más rápidamente en Occidente que en Oriente. En cuanto al segundo fenómeno, es a saber, el influjo que el Derecho romano hubo de ejercer en los Derechos indígenas, nos encontramos con un hecho digno de resaltar; en efecto, aparecen en Occidente una serie de principios jurídicos nuevos que no pueden reputarse ni romanos, ni indígenas, ni germánicos, y que probablemente obedecen a una evolución jurídica autónoma, nacida acaso de la práctica de los Tribunales y que entroncan quizás con antiguas costumbres ibéricas y galas que pervivieron después de la conquista por Roma. Sirva de ejemplo lo que sucede con la compraventa; la compra oral sólo tiene fuerza obligatoria cuando se ha pagado el precio, al menos en parte; así pues, sin pago del precio no existe compraventa. En cambio, en Oriente, la falta de pago del precio impide la transmisión de propiedad, pero no afecta

a la validez del contrato consensual. Otro tanto de interés, nos ofrece la configuración jurídica del préstamo de dinero; en Occidente constituye una categoría intermedia entre el *mutuo* y el *comodato*, y recibe la denominación de “*commodare pecuniam*”. Basten sólo estas dos muestras para revelar la autonomía jurídica de Occidente.

C) Conclusiones.

Si abarcamos en una mirada de conjunto el panorama jurídico que acabamos de describir, podremos formular las siguientes conclusiones:

1. Roma se enfrentó en dos ocasiones con el problema de la unidad jurídica: la primera (antes de la expansión, y coincidiendo con ella) cuando surgió la necesidad de regular las relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros; entonces dominó el principio de no aplicar las normas del Derecho romano a los peregrinos; el Derecho romano era un privilegio de los ciudadanos y como tal no era susceptible de ser beneficiado por los que no poseyeran tal cualidad. El problema se resolvió con la creación de un sistema jurídico nuevo, el Derecho de gentes, que, por sus dotes de sencillez y comodidad, acabó siendo utilizado por los propios ciudadanos romanos, para regular sus relaciones jurídicas y fué absorbido por el *ius ciuile romanorum*.

La segunda vez que Roma se enfrentó con el problema de la unidad jurídica fué después de la Constitución de Caracala, y entonces, aún cuando subsistiera el principio de la aplicación exclusiva del Derecho romano a los ciudadanos, ello no constituyó teóricamente impedimento alguno para procurar la unidad por cuanto aquella Constitución había extendido la ciudadanía a casi todos los súbditos del Imperio. En esta segunda ocasión, pues, se tendió a extender la aplicación del Derecho romano a todo el Imperio dominado; a lo que contribuyó, sin duda, la idea de unidad política, que se había empezado a acusar desde que toda Italia estuvo sometida al poder de Roma. Podría quizás decirse que, salvando el anacronismo, Roma se sintió nación primero, Imperio después y procuró que a la unidad política siguiera una unidad jurídica.

2. Esta unidad no se consiguió sacrificando los Derechos provinciales en aras del Derecho romano, como pareció ser el propósito de los Emperadores desde Alejandro Severo a Constantino; diversamente, el Derecho romano se “provincializó”, y los Derechos provinciales se romanizaron.

Esta es, en síntesis, la enseñanza que el Derecho romano nos proporciona. Tanto cuando se intentó una solución jurídica, como cuando se pretendió una solución política, no se cegaron ni se extinguieron los Derechos extraños; en ambos casos, se produjo una nueva resultante: en el primero, el Derecho de gentes; en el segundo, esos Derechos híbridos y desnaturalizados, que, sin embargo, fueron la base de toda la evolución jurídica posterior.

II. El problema del Derecho foral español

Es de conocimiento vulgar, que en España y en materia civil existe una diversidad jurídica entre las llamadas regiones de Derecho común (Castilla, León, Andalucía, Extremadura, Valencia, Murcia y Asturias) y las que se denominan de Derecho foral (Cataluña, Aragón, Mallorca, Navarra, Galicia y Vizcaya).

Esta diversidad tiene una causa histórica: rota la precaria unidad política del Imperio visigodo, por la invasión musulmana, surgieron un conjunto de nacionalidades que poseyeron órganos propios de creación de Derecho y que vivieron según normas jurídicas peculiares. Una de estas nacionalidades fué Castilla; de tal manera que, en este sentido, tan foral es el Derecho castellano como el de todas las demás regiones.

Circunstancias históricas, determinadas por la guerra de sucesión, fueron causa de que, como medida política, se publicaran una serie de disposiciones que afectaron sustancialmente tanto a la subsistencia de los órganos de la creación del Derecho foral, como a la vigencia de este mismo.

Así, los Fueros de Aragón y de Valencia, fueron abolidos por el Decreto de 29 de junio de 1707, atenuado para Aragón en 3 de agosto de 1711; el Decreto de nueva Planta de 16 de enero de 1716, ciega las fuentes jurídicas de Cataluña y Mallorca, pero respeta la vigencia de su derecho local. En suma, puede decirse que antes de la Codificación, subsistían en España como Derechos forales vigentes, los de Cataluña, Aragón, Mallorca, Navarra, Vizcaya y Galicia. No es nuestro propósito trazar un esquema de las vicisitudes por las que ha pasado el problema foral en España; tan sólo queremos formular algunas observaciones paralelas a las que formulamos con respecto al problema de los Derechos provinciales romanos en relación con el Derecho de la metrópoli. Y estas observaciones son:

1. El problema del Derecho foral, no debe ser tratado ni planteado desde un punto de vista político, sino jurídico. La observación debe tener validez, tanto respecto del legislador, como respecto de los habitantes de las regiones forales. No es admisible que la existencia de diversidades jurídicas entre diferentes regiones de España pueda servir de base a banderías políticas que atenten contra la superior unidad de la Patria común. Pero tampoco es lícito que invocando como argumento único la necesidad y conveniencia de lograr esa unidad política, se relegue a segundo término el problema jurídico que entraña la subsistencia de esa diversidad de normas de Derecho.

Cuantas veces, en el curso de nuestra Historia, se ha tratado de resolver el problema del Derecho foral desde un punto de vista político, no se ha logrado otra cosa que aumentar el confusionismo, quedando intacta la cuestión fundamental. Las medidas centralistas del siglo XVIII no lograron la unificación jurídica, y los Derechos forales continuaron subsistiendo, aun cuando se cegaron los órganos

legislativos de su creación. La solución intermedia y poco satisfactoria del art. 12 del Código civil, sufrió un embate con el Estatuto de Cataluña, republicano. Y arrastrados por el juego de la política, surgieron violentos defensores de los Derechos forales en aquel tiempo, esgrimiendo las diversidades jurídicas como hecho diferencial en que basar apetencias separatistas.

De nuevo el Movimiento Nacional volvió a poner las cosas en su anterior estado por varias leyes derogativas; y los Decretos de 23 de mayo y Orden de 24 de junio de 1947, producidos después del Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza, pretenden llevar a sus últimos resultados la solución del Código civil, mediante la redacción de un "Código civil general para España" considerándose como primera etapa del mismo la compilación de las instituciones forales.

Por fortuna, pues, nos hallamos ante un momento en el cual la idea política de la unidad patria, que felizmente constituye una de las esencias de nuestro actual régimen, y que late en la conciencia de todo buen español, no se interfiere ni turba el problema de la subsistencia de los Derechos forales.

2. Estamos, pues, ante la necesidad de abordar el tema en el verdadero terreno en que debe plantearse, a saber, el terreno jurídico estricto. Y ya en este campo, creemos que pueden ser útiles algunas observaciones deducidas del total contenido de esta conferencia, a saber:

a) Los habitantes de las regiones de Derecho foral, deben comprender las ventajas que encierra dentro de sí la existencia de un solo ordenamiento jurídico que rija todas las relaciones de Derecho que se produzcan en el seno de una nación organizada unitariamente. Países europeos que poseían radicales diversidades jurídicas dentro de sí, como Alemania, Italia y Suiza, han sabido superarlas creando Códigos civiles que constituyen modelos dignos de ser tenidos en cuenta. El ejemplo que nos ha ofrecido el Derecho romano revela que cuando se ponen en contacto ordenamientos jurídicos distintos, se produce un fenómeno de interpenetración que acaba por diluir los rasgos diferenciales de las instituciones y termina creando una resultante nueva, que si peca de falta de pureza en sus líneas históricas, viene en cambio repleta de espontaneidad y de ansia unificadora. No estén, pues, los foralistas como ultraje insoportable el deseo de situar las diferencias dentro de límites prudentes; reflexionen ellos mismos que nada puede ser más ventajoso al porvenir jurídico de sus instituciones, y al interés general de la Patria, que enfrentarse con sinceridad y buena fe ante sus propias diversidades locales; recoger aquellas que de verdad estén vigentes en la conciencia social de sus vecinos y en la vida corriente del tráfico, y olvidar aquellas otras que sólo sean un amado recuerdo histórico en aras de este elevado ideal de la unidad jurídica. Buscar más lo que a todos pueda unirnos, que lo que pueda separarnos. Y aplicar extremadamente este principio a aquellas instituciones fundamentales que, como la fami-

lia, constituyen la base más sólida del Estado. El legislador ha dado muestras en España de este criterio; y en la Ley de Bases de 1888 no se vaciló en admitir como Derecho común normas jurídicas de Derecho foral, como en materia de servidumbres (base 13.^a), en el testamento ológrafo (base 15.^a), en las legítimas (base 16.^a), en el usufructo del viudo (base 17.^a) y en los pactos con ocasión del matrimonio (base 22.^a). Y no ha habido resistencia alguna por parte de los habitantes de las regiones de Derecho común para aceptar y asimilar esas normas jurídicas de raigambre foral.

De igual manera no deben encontrar resistencia en las legislaciones forales las soluciones de Derecho común que se juzguen merecedoras de tener vigencia general en toda la nación; siempre y cuando, naturalmente, no se opongan a instituciones esenciales arraigadas profundamente en la entraña de los territorios forales.

Si de buena fe buscamos todos los puntos de coincidencia, con respeto para los de discrepancias sólidamente fundadas, el problema foral podrá resolverse sin daño para nadie, y con provecho para la unidad jurídica de la Patria.

b) Junto a esta observación dirigida a los habitantes de los territorios forales, quiero formular otra dirigida al legislador. La Historia nos demuestra, como ha podido desprenderse de esta conferencia, que los ordenamientos jurídicos son organismos con vida propia, dotados de energía bastante para sobrevivir a imposiciones arbitrarias del legislador. Pese a la voluntad de los emperadores romanos, los Derechos provinciales pervivieron. Pese a las disposiciones del siglo XVIII, que antes citamos, subsistieron en España los derechos forales. Y ya no sélo respecto de aquellas instituciones fundamentales que viven de un modo consustancial en la conciencia del pueblo, sino incluso respecto de simples hábitos, que apenas merecen el calificativo de costumbres jurídicas, pero que resulta difícil desarraigarse de la entraña popular. Así, por ejemplo, es sabido que en Aragón, a falta de Notario, o si hay certeza de que no llegará a tiempo, puede autorizar un testamento el Párroco del lugar del otorgamiento, o quien canónicamente le sustituya; y también tiene facultad para autorizarlos cualquiera de los Capellanes o Pasioneros del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, o Provincial de Zaragoza respecto de los que otorguen los enfermos asilados en él. Pues bien: en 27 de octubre de 1863, y a consecuencia de una consulta formulada por el Registrador de la Propiedad de Zaragoza, se dictó una R. O. en la que se declaraba, de conformidad con el parecer del Regente de la Audiencia, que habiendo quedado abolidos por la Ley del Notariado tales privilegios, procedía que los testamentos de ese modo otorgados se elevaran a escritura pública para ser documentos inscribibles; a pesar de ello, siguieron otorgándose esos testamentos; y el legislador español, deferente en extremo con las costumbres forales, les ha otorgado validez en el art. 22 del Apéndice del Derecho foral aragonés.

Quizás en este punto ha sido exagerada la comprensión del legislador; porque, a nuestro juicio, para que una institución foral deba prevalecer frente a las normas de Derecho común, ha de reunir dos esenciales requisitos: que permanezca viva de un modo claro e incontrovertible en la conciencia del pueblo, y que sea una institución fundamental, cuya modificación o supresión produciría hondas perturbaciones en la vida normal del territorio donde rige. En este punto, pues, yo erijo a la costumbre local como eje y base de los Derechos forales; discrepo así de mi antiguo discípulo y hoy admirado compañero, *Alvaro d'Ors*, que reduce la costumbre a "una simple memoria de ciencia jurídica", y funda "la auténtica vida del Derecho foral, no en la existencia de una determinada costumbre, sino en la existencia de una específica ciencia del Derecho". Discrepancia que no sería, por lo demás, mantenida si el ilustre romanista volviera sus ojos al punto de partida de que él mismo arranca, en el estudio donde se contienen las frases recogidas. Porque, en efecto, al referirse al quehacer jurídico y a la verdad que persigue, dice muy bien que ésta no es una verdad abstracta, sino "una verdad que sólo puede ser entendida en su realidad, en la misma conexión humana en que se requiere"; y, en consecuencia, la investigación del jurista no se puede desarrollar en la soledad, sino al contacto de la patología vital de la sociedad, y al calor de las realidades sociales. A lo que yo entiendo, ésto sólo puede querer decir que la realidad jurídica es anterior al saber jurídico, y que el Derecho nace en la vida social antes que la ciencia del Derecho. No creemos, pues, que la subsistencia de los Derechos forales dependa de que en sus regiones exista o no una ciencia jurídica poderosa; estimamos, más bien, que tal ciencia ha existido con mayor vigor en unas regiones que en otras, precisamente porque su Derecho foral estaba más desarrollado, era más extenso y se hallaba arraigado con fuerza superior en la conciencia social. Por lo demás, la Historia demuestra que el papel de los jurisconsultos en los territorios forales fué predominantemente de simple carácter compilatorio. Las fuentes del Derecho foral fueron fundamentalmente costumbres, leyes dictadas por sus propias Cortes, jurisprudencia de sus Tribunales y privilegios de monarcas. Durante la Edad Media, la ciencia del Derecho, tanto en Castilla como en los territorios forales, giraba en torno del Derecho romano; y, sin embargo, esta circunstancia no influyó de modo esencial en la subsistencia de los Derechos locales.

Estimo, pues, que la verdadera piedra de toque para apreciar la subsistencia actual de un Derecho foral, es el arraigo que tenga en la conciencia colectiva de la región, revelada por costumbres jurídicas. La obra de sus jurisconsultos debe orientarse a la contrastación y fijación de tales costumbres. Y cuando esto se logre, y animados del mejor espíritu, será la hora en la que, laborando con el legislador podamos fundir la diversidad en la unidad: sabiendo todos que hoy, en la superior entidad de la madre Patria, todos los Derechos forales son también, y no pueden dejar de serlo, *españoles*.

Para la elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento

VICTOR FAIREN GUILLEN
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Santiago

Si se pretende acercarse a la elaboración dogmática de una parte general del Derecho procesal, es preciso, ante todo, ir deslindando su ámbito de aplicación. No vamos a incidir aquí sobre las opiniones de diversos autores en pro y en contra de su viabilidad; nos limitamos a continuar nuestra labor de ensayista examinando la posibilidad de extender esta construcción (1) a la técnica de la actividad procedural (dinámica de la actuación procesal).

Forzosamente hay que llevar a cabo la labor de preparar una parte general del Derecho procesal comenzando por relacionar los puntos más afines entre proceso civil y penal, para ir después examinando en sus linderos las posibilidades de incluir o no otras materias en dicha parte [ya que no olvidamos que forzosamente ha de tener un contenido limitado (2)]; uno de tales puntos, derivado del carácter judicial formal de ambas ramas procesales (3), es el de los principios que informan a ambos procedimientos, cuestión que durante tiempo ha sido caballo de batalla de algunos autores (4) para separar a los dos procesos, sin enterarse de que la técnica instrumental es un efecto, pero no una causa. Por ello se hace necesario examinar su naturaleza y correlatividad.

(1) Un trabajo nuestro titulado "Ensayo sobre la posibilidad de incluir la doctrina general de los recursos en una parte general del Derecho procesal" lo tenemos entregado para su publicación a la "Revista de Derecho procesal".

(2) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, Padua, 1936, t. I, págs. VI y ss.; BIONDI, *Alcuni rilievi sulla posizione dogmatica del Pubblico Ministero agente*, "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1930, I, 298, nota.

(3) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho judicial material* (trad. española G. GROS-SANN), "RDPArg.", IV, 1946, págs. 5 y ss.

(4) Cfr., p. e., FLORIÁN, *Elementos de Derecho procesal penal*, trad. española PRIETO CASTRO, Barcelona, 1934, pág. 21; cfr. también bibl. infra.

Antes de entrar en el fondo de la materia que nos va a ocupar, es preciso considerar aquí un pensamiento sobre las diferencias entre proceso civil y penal que por afectar a un enfoque de ciertos principios que rigen la actividad procesal, pudiera influir de sobremanera sobre las posibilidades de una doctrina general común de dichos principios procedimentales. Se trata de la concepción de GÓMEZ ORBANEJA, y su interés es tal que nos creemos en caso de transcribirla (5): Dice este Profesor (6) que "En el proceso civil, la resolución definitiva o de fondo se distingue netamente por su materia de las regulaciones llamadas interlocutorias que se van sucediendo a lo largo del pleito: hasta el momento de dictar aquélla, el juez sólo ha ido aplicando normas procesales; en la sentencia final, juntamente con las reglas procesales que marcan los requisitos y la forma de la sentencia misma en cuanto acto del proceso, el juez pone por primera vez como base de su declaración la regulación sustantiva. Podría decirse gráficamente que si no fuese porque el Código civil (o el de comercio o eventualmente otras leyes privadas especiales de carácter material), contienen buen número de preceptos de naturaleza procesal, verbi y gracia, los referentes a la prueba, o que el derecho procesal hace suyos, como los relativos a la capacidad de las partes, representación, etcétera, el juzgador no tendría necesidad de abrir esos cuerpos legales, hasta el momento de sentarse a preparar y extender la sentencia de fondo; todos los preceptos que marcan la admisibilidad del proceso y las condiciones y efectos del acto de procedimiento, hasta llegar a la sentencia final, son preceptos procesales. Los "presupuestos" del proceso y de la sentencia quedan así netamente separados de la sentencia en el sentido pedido por el actor, o sea de las condiciones de existencia de la acción".

"Otra cosa muy diferente ocurre en la causa penal, donde las condiciones de penalidad pueden confundirse en el funcionamiento procesal con las condiciones de admisibilidad del proceso o presupuestos procesales. Para que el proceso pueda seguir adelante y abrirse el juicio (en las causas por delito) no basta que se den las condiciones puramente formales; es preciso que concurra a la vez la posibilidad al menos de la existencia concreta de unos supuestos de derechos sustantivos, o sea de aquellos supuestos de hecho de que el derecho penal material hace depender la consecuencia que es la pena." Y termina diciendo que "Mientras que para obtener una sentencia civil de fondo no es necesario, no ya tener acción, sino ni siquiera mostrar la más mínima posibilidad o apariencia de ella, para que haya juicio y sentencia penal (absolución o de condena) es indispensable que exista una base de acusación, determinada a la luz del derecho sustantivo".

(5) En nuestro intento de refutarla parcialmente, tratamos también de hacerlo con otras de contenido análogo.

(6) En sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil de 14 de setiembre de 1823*, t. I Barcelona, 1947, págs. 35 y ss.

Para nosotros, esta posición resulta de una inaplicación parcial de una faceta de la fundabilidad (7) de los actos procesales de petición en nuestro ordenamiento procesal civil.

Creemos que para obtener una sentencia civil de fondo, es necesario mostrar anteriormente una posibilidad o apariencia de la existencia del derecho; es preciso evidenciarlo (8). Esta apariencia, según nuestra Lec., ha de ser fundada; en efecto, la demanda ha de reunir ciertos requisitos que muestren "prima facie"—permítasenos utilizar esta expresión en sentido amplio—la evidencia de la certeza de su contenido; ha de estar fácticamente sustanciada (9) y jurídicamente fundamentada (art. 524), aportándose además con ella los documentos en que el actor funde su derecho (art. 504), so pena de preclusión y de no tenerse en cuenta tales documentos si se presentaron tardíamente (10).

La falta de inclusión de los hechos en la demanda, constituye un defecto para su admisibilidad (por faltarle la fundamentación), ya que ello la torna inconcluyente (11). Y la "concluancia" de la demanda, es una condición de su fundabilidad (12). Es decir, el defecto de fundamentación fáctica de la demanda, así como la jurídica produce la inadmisibilidad de la misma, pero la razón de esta inadmisibilidad no es formal, sino de fondo. Lo que ocurre es que tal falta se valora en nuestra Lec. como formal. De aquí el error en el que se puede caer, por defecto de la regulación de una repulsa de la demanda "in limine" en nuestro proceso civil. El problema paralelo en el proceso penal—el de la "inadmisibilidad"—de la querella por no ser constitutivos de delito los hechos que en ella se relacionan (art. 313 de la Lep.), ha sido más estudiado, pero en ambos casos es idéntico fundamentalmente.

Por otra parte, estamos de acuerdo con GUASP (13) en que el que el juez no examine ni valore los documentos presentados tardíamente

(7) Terminología de GOLDSCHMIDT en obras que citamos infra.

(8) Muy interesante sobre este punto, p. e., WACH, *Der Rechtsschuzanspruch*, "ZZP", 42, págs. 1 y ss.; también GOLDSCHMIDT, en *Derecho Justicial material*, cit., loc. cit.

(9) Ya que nuestra Lec. se atiene a la doctrina de la sustanciación. Sobre este punto, cfr. nuestra monografía, que publicará en breve el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos sobre "La transformación de la demanda en el proceso civil", en varios loc.

(10) Cfr. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. II, página 191, y *La presentación de documentos en los juicios de mayor y menor cuantía*, en "RDPr.", I (1945), págs. 77 y ss.; GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936, pág. 139.

El primer autor cit., tampoco acepta los puntos de vista de GÓMEZ ORENEJA, basándose en alegaciones semejantes a las que aquí se hacen (Cfr. en su recensión a los "Comentarios" cit. de este autor, en "RDPr.", 1947 (III), páginas 352 y s.).

(11) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, cit., pág. 114; *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, págs. 416 y ss.

(12) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría*, cit., pág. 114; *Der Prozess als Rechtslage*, cit., loc. cit.

(13) Cfr. GUASP, loc. cit., en nota núm. 10.

en el momento preciso, no es por falta de admisibilidad, sino de fundamencióñ.

De todo esto es motivo la extraordinaria importancia que en nuestro proceso civil—como descendiente del proceso del Derecho común—tiene la doctrina de la sustanciación (14); sin ella no hay demanda en nuestro proceso civil. Y la necesidad de sustanciarla demuestra que precisa que el actor evidencie una posibilidad o apariencia de “tener acción”; esto es, lo contrario que dice GÓMEZ ORBANEJA. También la necesidad de presentar los documentos en que el actor funde su derecho juntamente con la demanda nos apoya como argumento, ya que contribuyen a dar base a la evidencia de derecho lesionado que en la demanda se muestra. Y por último, la preclusión que obra sobre los documentos no presentados temporáneamente, y la repulsa de la demanda por falta de los requisitos previstos en el art. 524 de la Lec. (14 bis) (entre ellos, la sustanciación fáctica) nos muestra, en el proceso civil, un desarrollo escalonado por la concurrencia de requisitos no solamente formales, sino materiales.

Es este “escalonamiento”, en la constitución del proceso penal, otra de las bases de GÓMEZ ORBANEJA para distinguirlo del civil. Dice este ilustre Profesor que “a diferencia del proceso civil, que se constituye de una vez y definitivamente, con unos límites objetivos y subjetivos inalterables, mediante la presentación de la demanda, el proceso penal se desenvuelve escalonadamente” (15).

Unicamente partiendo de una comparación de nuestras dos leyes procesales fundamentales puede llegarase a tal resultado. Basta para mostrar cómo el proceso también en su desarrollo civil se desenvuelve escalonadamente, la aceptación por doctrina y legislaciones progresivas, de la posibilidad de alterar la demanda (16); si confrontamos estos Códigos procesales con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no nos sirve la argumentación de GÓMEZ ORBANEJA; de ahí que la diferencia que alega, lo sea únicamente por razón de nuestro defectuoso ordenamiento jurídico, que no admite la transformación de la demanda en el proceso civil con consecuencias desastrosas para los intereses de la ad-

(14) Cfr. VON BAYER, *Vorträge über den gemeinem ordentlichen Zivilprozess*, 8.^a ed., Munich, 1858, pág. 527, con bibl. allí cit.; BOLLINGER, *Zur Revision der Lehre von der Klagänderung*, Zúrich, 1886, pág. 19; HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1912 (I), pág. 306; más bíbl. en nuestra monografía “La transformación de la demanda” cit.

(14 bis) Cfr. GUASP, *Comentarios*, II, 245; PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal civil*, t. I, Zaragoza, 1946, págs. 263 y ss.

(15) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., pág. 37. Es preciso cfr. todo el desarrollo de este interesante punto que el autor lleva a cabo.

(16) • Cfr., p. e., el § 284 de la “ZPO.” alemana; el § 482 de la au trícea. La bibl. sobre la transformación de la demanda es muy extensa; en nuestra monografía ya cit. estará incluida, al menos en una gran parte: citaremos aquí solamente para Alemania (derecho vigente después de la guerra) SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, 1947, págs. 162 y ss., y para Austria. WOLFF, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Viena, 1947, 2.^a ed., págs. 279 y ss.

ministración de justicia y de las partes (17). Trátase así, pues, de un caso como el que tratábamos antes; su base, un defecto de la Lec.; y no se puede partir de tan pequeña base para valorar las diferencias en general del proceso civil y penal.

La diferencia indicada por GÓMEZ ORBANEJA existe, pero no es tan profunda como cree; cierto es que en el proceso penal español es más rígida que en el civil la necesidad, al iniciarla y continuarla, de demostrar una evidencia de derecho lesionado; pero esta exigencia, también en lo civil, rebasa el ámbito de lo formal, por aceptarse en la Lec. la doctrina de la sustanciación, sea cual fuere el momento en que se produce, por ser necesaria (18).

Los resultados de incumplir esta exigencia, son distintos en nuestros procesos civiles y penales, pero sólo técnicamente. Si en el proceso penal es necesario para incoarla y continuarla exponer la posibilidad de la concurrencia de unos supuestos de derecho sustantivo (penal) (19), y si tal posibilidad no se muestra, se produce, bien en su momento, la desestimación de la querella por no ser constitutivos de delitos los hechos, o bien el sobreseimiento libre, en el proceso civil; lo que ocurre es que a falta de sustanciación de la demanda se dicta una sentencia absolutoria sobre el fondo. La identidad de los efectos del sobreseimiento libre y de la sentencia civil en cuanto a la reiterabilidad del proceso, muestran que el camino seguido en ambos procesos es únicamente distinto en su parte técnica (necesidad de llegar en el proceso civil hasta el trámite de sentencia enfrente de la posibilidad de repeler la querella o sobreseer libremente en el proceso penal) (20). La diferencia fundamental es que en el proceso civil "hay menos escalones" que en el penal; pero que también los hay. lo demuestran las anteriores consideraciones.

En resumen, y como veremos después, la diferencia a que nos referimos, enfocada desde el punto de vista que a este trabajo afecta, se deduce de una diferente importancia de la entidad de los intereses que obran en el proceso civil y en el penal; de ahí que los "escalones", a través de los cuales se desarrollan ambos procesos, sean distintos en el momento procesal y en el espacio; pero su simetría conceptual es la misma. Y solamente a través de un estudio muy cuidadoso de la entidad de los intereses que entran en conflicto en ambos procesos podrá llegar a formularse estructuradamente el concepto de la diferencia entre los mismos, y como consecuencia, de la causa de

(17) En cuanto a la demostración del grave error del art. 548 de nuestra Lec., también en dicha monografía se encontrará, así como su base racional derivada de una valoración de los diferentes intereses que en el proceso se encuentran.

(18) Cir. en general sobre tal necesidad NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935, pág. 69.

(19) Cir. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., I, pág. 36.

(20) En cuanto a la desestimación de la querella por no ser los hechos constitutivos de delito, produce como efecto el que no se admita otra nueva sobre los mismos hechos (T. S., S. de 10 de marzo y 20 de abril de 1906).

la variedad de los principios que informan la técnica procedimental de aquéllos (21).

Visto como en ambos procesos existe una dinámica procedimental dirigida en sus diversos tráctos o escalones a los mismos objetivos instrumentales, pasemos a considerar las diferencias de los principios que rigen esta dinámica en cada caso.

Para nosotros, es la diferente consideración y entidad, según las normas legales debidamente integradas del interés que se evidencia como lesionado en las peticiones que abren los procesos—y que según sea su titular la comunidad o el individuo determina la indisponibilidad o disponibilidad de los derechos por éste—, lo que produce la aparición y diferenciación de dos series paralelas de principios procedimentales (22).

Un predominio de la actuación directiva y de las facultades del juez en el procedimiento, nos conduce al llamado principio oficial (23). Por el contrario, un predominio, un “dominium litis” de las partes, origina el principio dispositivo, ambos considerados en sentido lat).

(21) Cfr. HECK, *Jurisprudencia de intereses*, trad. esp. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en “AAMN”, t. IV (1948), *passim*; id., *Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Ysay*, en Archiv. Pr., vol. 17 (nueva serie), 1933, págs. 47 y ss.

Este método nos ha dado buenos resultados hasta ahora en nuestro trabajo; hallamos superiores sus ventajas a sus desventajas, sobre todo habida cuenta del estado de los estudios jurídico-procesales en España.

(22) Cfr., p. ej., SCHÖNKE, *Zivilprozeßrecht*, cit., págs. 41 y ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale civile*, Padua, 1944, I, 186; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, cit., pág. 35; PRIETO CASTRO, *Cuestiones de Derecho Procesal*, Madrid, 1947, págs. 290 y ss.

Hemos de hacer notar que la bibliografía a que nos remitiremos de aquí en adelante puede parecer excesiva dada la escasa amplitud del tratamiento del tema; de ahí que quizás se nos acuse de “científicista”, término utilizado por MARAÑÓN para designar—muy certeramente—a los truquistas de la ciencia. Si se pretendiese solamente hacer una exposición de los principios del procedimiento, quizás estuviese justificada esta acusación; pero como se verá, se trata de elaborar una doctrina general sobre los mismos; de ahí la necesidad de consultar las opiniones de los autores que nos favorecen, y en cuya autoridad nos apoyamos. Una lectura de las obras que citamos puede ser mucho más fructífera que este ensayo, y demostrar con ello la necesidad de recurrir a otras autoridades. Y en último término, como reacción contra hechos—perfectamente calificables—que se producen, estimamos que es preferible decir, aunque ello sea farragoso y pueda llegar a enojar, cuáles son las fuentes de nuestras producciones, que no indiscriminar las ideas propias de las ajenas ocultando celosamente el origen de éstas.

(23) Tal es el caso cuando se discuten derechos substraídos a la disponibilidad por las partes (Cfr., p. e., ZANZUCCHI, *Diritto Processuale civile*, Milán, 1946, I, págs. 348 y ss.; GULDENER, *Das schweizerische Zivilprozeßrecht*, Zúrich, 1947, pág. 119; CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio* en “Studi in onore di G. Chiovenda”, 1927, págs. 134 y ss.; FRITZSCHE, *Wahrheit und Lüge im Zivilprozess*, Zúrich, 1921, págs. 28 y ss.; GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935 arg. págs. 73 y ss.

De estos dos principios fundamentales surgen otros derivados a cuya exposición pasamos.

La vigencia del principio oficial puro determina que el proceso pueda ser incoado por decisión del Juez (principio de incoación de oficio) sin necesidad de actividad postulatoria de las partes (lo que haría aparecer el principio de incoación a instancia de parte) (24). Rigiendo el principio oficial, el Juez aportaría el material del proceso por iniciativa propia (instrucción oficial en la fase instructiva del proceso); mientras que si dicha tarea queda encomendada a las partes, aparece el principio de colocación formal de una frente a la otra—principio de contradicción—haciendo ambas aportaciones de material fáctico y jurídico, justificando sus peticiones, formulando sus conclusiones y combatiendo las de la parte contraria, y reduciendo al Juez a aplicar un supuesto de derecho a lo por ellas alegado, sin posibilidad de intervenir en la reunión de los hechos necesarios (24). De tal toma de posiciones de las partes (25) se deduce la aparición de la carga de la prueba.

De tener el Juez amplias facultades en la fase instructoria, puede dirigirlas a la averiguación de la verdad material de los hechos (26). Para ello le ha de ser de un muy eficaz auxilio la posibilidad de constreñir a las partes al cumplimiento de sus deberes, tal como les vengan impuestos por las normas legales, de cooperación, de no gravar a la Administración de Justicia, de no obstaculizar la labor del contrario, de buena fe, de veracidad, de diligencia, etc. (27). Para nosotros, es discutible si se trata de deberes procesales o de obligaciones extrapro-

(24) Cfr. las doctrinas de la sustanciación y de la individualización en nuestra monografía "La transformación" cit.; y también en cuanto a la reunión del material fáctico, fundamentalmente, STEIN, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893; con ref. a las relaciones entre los principios oficial y dispositivo y la ciencia privada del Juez, en págs. 87 y ss.; con ref. a las máximas de la experiencia, págs. 74 y ss., y con ref. a los hechos notorios, páginas 143 y ss.

(25) Sobre el contradictorio, puede verse también, TISSIER, *Le Centenaire du Code de Procédure civile et les projets de réforme*, en Rev. Trim. Dr. C., 196, págs. 627 y ss.

Es grande la adecuación del principio de contradicción al interés del proceso—dice STEIN—, por estar conforme con los intereses que allí se debaten; entre ambas partes, extraen del material aportado su verdadero meollo, y lo hacen cristalizar en beneficio de la justicia (Cfr. *Grundriss des Zivilprozeßrechts*, Tübingen, 1921, págs. 28 a 32). También CALAMANDREI conforme con ello si la disponibilidad del objeto del proceso radica en las partes (Cfr. *Lince fondamentali*, cit., pág. 140).

(26) Cfr. KISCH, *Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege*, "DR", 1936, pág. 10; PRUPACHER, *Über die Offiziellmaxime*, Berlin, 1922, págs. 38 y ss.

(27) De tales los califica SCHÖNKE en su *Zivilprozeßrechts*, cit. págs. 5 y siguientes. Cfr. también ENGELHARDT, *Pflichten der parteien zueinander im Zivilprozeß*, "DRZ" 1935, págs. 329 y ss.; FERRARA, *Luci ed ombre sul diritto nuovo ("Innovazione e riforme nella procedura della prova")*, Milán, 1924, esp. página 30.

cesales, simplemente de Derecho público, que se ponen de manifiesto con ocasión del proceso (28), como también con otras ocasiones extra-procesales; pero, en todo caso, su aplicación al proceso facilita—como todo robustecimiento no arbitrario de la autoridad del Juez—una mejora de aquel con respecto a los principios del procedimiento; así, es evidente que, p. e., el “deber” de diligencia de las partes favorece (mediante la amenaza de las preclusiones) la concentración y con ella la rapidez del proceso (29).

Por el contrario, si son las partes las que pueden dar al proceso un determinado sentido y dirección en el ejercicio de su poder dispositivo y de aportación de materiales por iniciativa propia y no del Juez, solamente se conseguirá la obtención de una verdad formal con el único fin de ponerse de acuerdo sobre el conflicto de intereses que plantearon (30). Vehículos apropiados para la obtención de la verdad material o formal, son, respectivamente, los principios de libre apreciación de la prueba o la apreciación según reglas legales (31).

En materia de prueba, tiene importancia la progresiva sustitución del concepto de carga de la misma, derivado del principio dispositivo, por el derecho de interrogatorio del Juez e imposición a las partes (sin consideración de la antigua distribución de la carga de la prueba) del llamado “deber de aclaración y veracidad” (32) en el proceso civil; es una muestra más de las consecuencias del predominio en él del principio oficial.

Esta tendencia del derecho procesal probatorio hacia la verdad material, hecha patente en lo civil después de vencer la resistencia de la antigua escuela procesal liberal (33), viene a ser un argumento en favor de que la estructura y función de la prueba es la misma en ambos procesos; prueba directa e indirecta, histórica y crítica, testimonio, documento, indicio son ideas fundamentalmente idénticas para

(28) GULDENER los califica también de obligaciones procesales si bien habla de “una carga procesal de actuación” (ob. cit., pág. 196). No explica la conexión o desconexión de tales “obligaciones” con tal carga.

(29) Cfr. KISCH, *Bericht des Ausschusses für bürgerliche Rechtspflege*, en “ZAk.”, 1935, pág. 61; también arg. SEYDEL, *Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses*, en “DR” 1939, págs. 506 y ss.

(30) Objetivo y material solamente es el hecho en sí; toda exposición sobre el mismo dà lugar solamente a una verdad subjetiva. Y aproximarse a ella más o menos es alcanzar la “verdad material” o simplemente la “formal”. (Cfr. SIEGRIST, *Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses*, Berna, 1938, página 12.

(31) Cfr. PFLEGHART, *Offizial und Untersuchungsmaxime im Zivilprozess*, “SJZ” XIV, págs. 217 y ss. y esp., 223; FLORIÁN, *Le due prove*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1926, I, págs. 22 y ss.

(32) Cfr. VON HIPPEN, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt a. M., 1939 passim; HUG, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Zúrich, 1943, esp. págs. 5 y ss.

(33) Se suele poner como representante maestro de esta escuela a Adolfo WACH, enfrente de Franz KLEIN, que representa la autoritaria que desde su época viene logrando gran éxito.

el juez civil y para el penal (34); la diferencia estriba en que prueba civil y penal se mueven en relación inversa (hoy, contemplando la general aceptación de la extensión del principio oficial, podemos decir que "se movían"); la autoridad del Juez—decía FLORIÁN—llena la prueba penal teniendo sometidas a las partes; en la civil predominan las facultades dispositivas de éstas (35). Es decir, una vez más se nos marca la importancia de hacer que presida el proceso el principio oficial o el dispositivo; y ello ocurrirá según se trate en él de intereses públicos o privados.

Si en un proceso rige el principio de oficialidad en toda su amplitud, el objeto procesal es inmutable, y el procedimiento avoca a una sentencia de fondo. Por el contrario, bajo la vigencia del principio dispositivo, las partes podrían llevar esta disposición hasta el objeto del proceso, terminando así el procedimiento con un acuerdo particular de voluntades (principio dispositivo "stricto sensu"). Otra faceta respecto de estos principios lo es la vinculación o no del Juez con respecto a las peticiones de las partes en cuanto al contenido de la sentencia.

Entre las facultades que del principio oficial se dedujesen a favor del Juez, estaría la de impulsar éste el procedimiento en sus sucesivos trácticos hacia el final, impidiendo todo retardo o paralización (principio de impulso oficial); por el contrario, si dispusieran las partes del objeto del proceso y adecuasen éste a sus intereses particulares bien podrían detener el procedimiento, correspondiéndoles a ellas su impulso (36). (37).

(34) Cfr. CARNELUTTI, *Proc. civile e prove penali*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1925, I, pág. 5.

Habremos de añadir que la diferente amplitud de los medios de prueba utilizados en el proceso penal con respecto al civil, no proviene directamente del principio oficial, y además, tiende a disminuir. Si los adelantos de la técnica policial en la lucha contra el delito han hecho preciso acudir a nuevos medios de prueba, y con ello ha aumentado la importancia de la Policía en cuanto al proceso penal (Cfr., p. e., predicando la necesidad de que se le confie una labor preparatoria y controlada del juicio penal, LIEBSCHER, *Neue Wege der Strafrechtspflege*, "OJZ" 1948, págs. 8 y ss.), lo propio ha ocurrido paralelamente en el proceso civil, donde se ha hecho preciso acudir a nuevos medios de prueba como el de reconocimiento de grupos sanguíneos, en los procesos sobre cuestiones matrimoniales y de filiación; el de semejanza biológica, etc., siendo grande la importancia del papel de los técnicos que practican tales pruebas, que el Juez no puede disentir del informe globalmente (según el Rechtsgericht cit., por SCHÖNKE, ob. cit., pág. 211). Es de notar—y con ello nos referimos a quienes actualmente ponen en tela de juicio cuanto de Alemania viene, bajo sospecha de ser producto de la ideología nazi—, que esta doctrina se declara en una obra posterior a la guerra y en pleno régimen de ocupación militar.

(35) Cfr. FLORIÁN, *Le due prove*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1926, I, págs. 222 y ss.

(36) Cfr. THOMANN, *La posizione e le funzioni del giudice nel procedimento di prima istanza secondo il Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura civile italiano*, Soletta, 1939, pág. 58; CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di comisione*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1929, I, páginas 27 y ss.

(37) El impulso oficial coadyuva a la rapidez y con ello a la economía del

Si correpondiere al Juez la incoación del proceso de oficio, evidentemente debería hacerlo en el momento en que conociera la evidencia del supuesto legal en que tal cosa habría de ocurrir, o sea, cuando se evidenciase la infracción de una norma jurídica (principio de legalidad); en tanto que bajo la vigencia del principio dispositivo, correspondería a las partes determinar la oportunidad de recurrir al Tribunal con el fin de promover la incoación del proceso (38). Estos principios procesales muestran como consecuencia su relación íntima con la dinámica del proceso, con el procedimiento.

Todos los principios que hemos citado, que afectan, como se ha visto, y directamente, al objeto del proceso, se desarrollan a su vez en otra serie de ellos que afecta predominantemente a la forma de la actividad procedural.

Así, ésta puede desarrollarse de modo que el Juez que ha de resolver el litigio se entienda directamente con las partes (principio de la inmediación) con el fin de averiguar la verdad material; para ello, es el más apropiado el medio de la conversación o interrogatorio oral (oralidad) (39), (40). Por el contrario, si corresponde a las partes la aportación del material fáctico destinado a la obtención de una simple verdad formal, importa más la documentación de dicho material en escritos y autos (escritura). Ello hace precisa una persona especializada que se interpone entre las partes y el Juez, impidiendo a veces la inmediación (principio de mediación) (41).

Tanto la oralidad como la escritura producen a su vez una serie de consecuencias, nuevos principios procedimentales a entregar a los ya expuestos: la oralidad produce la necesidad de evacuar todo el ma-

procedimiento; solamente cuando las partes comprendan esta necesidad podrá confiársele el impulso del proceso (Cfr. KISCH, Bericht ct., en "ZAk" 1935, página 61).

(38) Con ref. a los principios del procedimiento penal, GOLDSCHMIDT, *Problemas* cit., págs. 73 y ss.; y a los del civil, SEGNI, *Procedimento civile*, en "NDI.", parr. I-5.

(39) No corresponde a este punto el estudio de que es la oralidad y sus linderos impuestos por su esencia y sus fines. Cfr. para ello, WACH, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit*, en sus *Vorträge sur Reichsziivilprozessordnung*, 2.ª edición, Bonn 1896, págs. 1 y ss.

(40) Puede verse sobre este tema batallón, sobre el cual se ha discutido y aun legislado de modo impremeditado a veces, p. e., WALMANN, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit*, en "ZZP.", 1938, págs. 381 y ss.; WEYMUTH, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit im schweizerischen Zivilprozess*, Schönenfeld, 1931, passim; CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1924, I, página 16; VOLKMAR, *Grundproblemen der Zivilprozessreform*, en "Judicium", II, 1929-30, págs. 296 y ss. Además, en todos o casi todos los "Lehrbücher" alemanes se encuentra una debida valoración de este principio (Cfr. los de SCHMIDT, ROSENBERG, SCHÖNKE, VON HIPPEL, etc.).

(41) Cfr. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal civil*, t. I, págs. 237 y ss.; FAIREN, *Grunariss des spanischen Zivilprozessrechtes*, Zürich, 1936, págs. 21 y siguientes.

terial de la instrucción en una o varias sesiones ante el Tribunal (42) lo más próximas posible (43); es decir, promueve la concentración material y del procedimiento, hecha posible también gracias a la facultad de interrogación y esclarecimiento de los jueces, derivada del principio oficial (44). Por el contrario, la escritura supone la necesidad de que el procedimiento se divida en varios períodos, de modo que a cada uno de ellos corresponda una serie determinada de actos procesales a verificar (preclusión). La preclusión puede ser a su vez rígida o elástica, según que en cada tramo del proceso solamente puedan llevarse a cabo determinados actos procesales, o que, simplemente, cada etapa esté dominada por una idea principal (instructoria, probatoria, de discusión, etc.) (45). En la legislación comparada puede apreciarse cómo tiende a predominar la preclusión elástica (46).

Y la preclusión produce como efecto el que las partes hayan de vigilar diligentemente la marcha del procedimiento y no esperen a aportar nuevos materiales en un momento quizás tardío, sino que, por el contrario, deban hacerlo en la primera oportunidad que se presente (eventualidad). He aquí una vez más una muestra de la concatenación de "debere" procesales y principios del procedimiento.

La oralidad produce también la fácil posibilidad de que terceras personas no interesadas directamente en el proceso (47) puedan tomar conocimiento del mismo asistiendo a los debates (publicidad general), en tanto que tratándose del principio de la escritura la publicidad es más difícil de lograr.

Ahora se nos plantea el problema de determinar cuáles de entre todos estos principios deben informar a cada proceso (civil, penal y aun contencioso-administrativo) en particular.

(42) Cfr. la Ordenanza alemana sobre rapidez e inmediación en el procedimiento de 11 de noviembre de 1935, (1).

(43) Cfr. SCHÖNKE, *Zivilprozeßrecht* cit., pág. 38. También rige este principio en la nueva Ley Procesal sueca de 1942 (cap. 43, 11), inspirada en la "ZPO" austriaca. Cfr. sobre aquella, SIMSON, *Das neue schwedische Zivilprozeßrecht*, "ZfSR", 1944, págs. 162 y ss.

(44) Precisamente en la inmediata continuación de la sesión oral comenzada es donde estriba uno de los problemas prácticos de la oralidad, puesto que la aglomeración de trabajo en los Tribunales la puede obstaculizar en muchos casos. Este es uno de los más graves inconvenientes apreciados durante la vigencia del nuevo Código del Proceso Civil portugués.

La evacuación de diligencias probatorias por exhortos, es también a menudo causa de desaparición de la inmediación, y por ello de falta de base para la oralidad, que deja de tener razón de ser. (Cfr. sobre la "ZPO" austriaca y las corruptelas en esta materia, GRILL, *Zurück sur Zivilprozeßordnung*, en "OJZ", 1948, págs. 97 y ss.).

(45) Cfr. PAULO A. V. CUNHA, *Processo comum de declaração*, Braga, 1944, tomo I, págs. 64 y ss.; FAIREN, *Grundriss* cit., pág. 32.

(46) Puede verse consultando las obras cit. en notas anteriores.

(47) Según algún autor moderno, todo cuanto hace el Juez se dirige no solamente a las partes, sino a toda la Sociedad; de ahí la importancia de la publicidad en el procedimiento (Cfr. SCHWABE, *Die Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens*, "DR", 1936 págs. 447 y ss.).

Hemos de partir de la base de que de nuestra exposición han surgido configurados dos tipos de procedimiento completamente opuestos. En uno de ellos, regido fundamentalmente por el principio dispositivo, el "dominium litis" es de las partes, y consecuentemente, es muy importante su papel en la labor instructoria del proceso (48); el Juez queda reducido a la de resolver sobre la base fáctica estrictamente aportada por las partes. En el otro, regido por el principio oficial, la dirección procesal corresponde al Juez, el cual tiene posibilidad de investigar por su cuenta, reduciendo más o menos a las partes al papel de elementos pasivos de su investigación (49). Hemos destacado esta configuración de dos tipos de procedimientos opuestos porque precisamente por causa de partirse siempre de la comparación entre el procedimiento civil dispositivo y el penal oficial se ha hecho difícil pensar, y ello es erróneo, en la existencia de un sistema único de principios procedimentales (portador de diferentes ramas especiales) (50).

De esta base puede deducirse qué principios corresponden a cada procedimiento.

En el Derecho medieval el proceso penal se desarrollaba igual que el civil (51); predominaban en aquél los puntos de vista privatísticos (52), a base de iniciativa de la parte ofendida; el proceso se desarrollaba con las características de declarativo (53). Fué posteriormente, en la época en que habiéndose transformado en concepto público el de la pena con objeto de combatir el delito en interés general (54),

(48) Insistimos en que este principio tiende a imponerse y se declara que el principio dispositivo es innecesario en el proceso civil (Cfr. BUCHHOLZ, *Verhandlungsund Untersuchungsgrundsatze* cit., pág. 2745; CALAMANDREI, *Líneas fundamentales* cit., págs. 136 y ss.

(49) Cfr. arg. COCTURE, *El principio de libertad en el sistema del proceso civil*, Buenos Aires (sin fecha), págs. 24 y ss.

(50) Cfr. COSTA, *Il dolo processuale*, Turín, 1930, págs. 22 y ss.; CALAMANDREI, *Líneas fundamentales* cit., pág. 134.

(51) Cfr. las diferencias e identidades de ambos procesos en la época de la Reconquista española en LÓPEZ ORTIZ, "AHDE", XIV (1942-43), págs. 201 y siguientes; GARCÍA DE DIEGO, *El derecho judicial de Aragón de los siglos VIII al XII*, "AHDE", XIV, passim. Con respecto al derecho germánico, cfr. VON KRIES, *Lehrbuch des Strafprozessrechts*, Friburgo, a. B., 1892, págs. 11 a 65.

Hemos constatado esta fundamental semejanza en el examen de copiosa cantidad de documentos de la Alta Edad Media española en nuestra investigación histórica destinada a estudiar la evolución de las doctrinas de la sustanciación y de la individualización. La mayoría de los cartularios y colecciones de documentos estudiados se hallará cit. en nuestra monografía sobre *La transformación de la demanda* cit.

(52) Cfr. esp. VON KRIES, ob. cit., pág. 13, con respecto a la importancia del juramento; igualmente LÓPEZ ORTIZ, ob. cit.

(53) Cfr. ULLMANN, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Munich, 1893, pág. 22.

(54) Tiene un gran interés el estudio de los delitos eclesiásticos como punto de partida de la publicación del concepto de delito (Cfr. VON KRIES, ob. cit., páginas 22 y ss.).

cuando pasó a dominar el principio inquisitivo (55). Ello indica que el proceso de evolución del procedimiento penal arrancó de un punto en que los poderes de las partes eran muy extensos, para llegar al momento histórico actual de combinación acusatorio-inquisitiva, pasando a través del dominio absoluto del referido sistema inquisitivo, en que, como consecuencia, predominaban en el procedimiento los poderes del organismo juzgador de modo absoluto y exagerado (56).

El carácter esencialmente público del interés en juego en el proceso penal (57), la diferencia entre la condena civil y penal, que fuerza a que el procedimiento de alcanzarlas sea distinto por ser la pena de carácter también público y afflictivo enfrente del puramente satisfactivo de la condena civil (58), y, en resumen, la necesidad de que se cumpla adecuadamente el deber del Estado de reponer el orden jurídico penal llegando al más material y exacto conocimiento posible de la verdad, todo ello justifica el hecho de que el Estado haya cumplido con su citado deber de procurar una jurisprudencia digna de confianza construyendo el proceso penal sobre principios procedimentales que faciliten lo más posible dicha labor (59).

Y es lógico que pueda proveerse a ello por el Estado por medio de órganos de acusación especializados que en todo momento estén en condiciones de impedir que el interés público que representan se vea desbancado por el particular de un determinado individuo y a través de la concesión a los Tribunales de facultades procesales adecuadas y por medio, en fin, de la sujeción de los individuos a principios técnicos que les impidan disponer del interés común—cosa que sucedería con un predominio en el proceso penal del principio procedural dispositivo (60)—. Hay que tener en cuenta, como pensamiento fundamental de todo lo que se ha dicho, que tratándose en el proceso penal de un interés público y siendo, por causa de la limitación de la auto-tutela y de la propia autolimitación del Estado, un presupuesto necesario de la imposición de la pena, las partes no pueden sino someterse a dicho interés público. Cosa parecida a lo antes dicho ocurriría de imperar el principio dispositivo totalmente en el sistema de control jurisdiccional de la Administración.

El imperio en lo procesal civil y penal de diferentes principios

(55) Cfr. VON HIPPOL, *Der deutsche Strafproses*, Marburgo, 1941, página 333.

(56) Cfr. las ideas del famoso CARPOVIUS en VON KRIES, ob. cit. páginas 37 y ss. También, sobre los excesos en que se incurría, cfr. VÉLEZ MARTÍ CONDE, *La situación jurídica del imputado*, en "RDPArg.", I (1943), págs. 105 y siguientes.

(57) Cfr. arg. en ZANZUCCHI, ob. cit., t. I, pág. 19; CALAMANDREI, *Is iuzioni* cit., t. I, pág. 168, y demás ob. cit. supra.

(58) Cfr. CARNELUTTI *Sistema* cit., t. I, pág. 41.

(59) Cfr. GRASS, *Probleme der materiellen Wahrheitserforschung nach der bündnerischen Zivilprozessordnung vom 7. März 1907*, Thusis, 1945, págs. 4 y siguientes, y bibl. allí cit.

(60) Cfr. ULLMANN, ob. cit., pág. 22.

procedimentales, repetimos una vez más, se justifica sencillamente por la distinta entidad del interés en juego y de las consecuencias de su infracción jurídicamente consideradas (condena civil o penal y sus resultas). Si se trata de un interés privado renunciable—mediato para la comunidad social, inmediato solamente para dos de sus miembros (61)—es lógico que éstos desempeñen un puesto de protagonistas en el proceso y que puedan disponer del referido interés (62). Esto justifica la vigencia de los principios que dan a las partes una gran participación en el desarrollo del procedimiento: ponen en sus manos la posibilidad de promover su incoación, de aportar el material instrutorio fáctico, etc. (principio dispositivo y consecuentes) (63). Si, por el contrario, se trata en el proceso de la integridad del ordenamiento jurídico en relación con un interés inmediatamente general de la comunidad; si se trata de una controversia en que se ventila la seguridad de toda ella por haberse evidenciado la violación de un bien jurídico general, desaparece aquella circunstancia de pura oportunidad en que se basaba el principio dispositivo (64) y entonces debe concederse un papel de actuación predominante al órgano que administra justicia y a los mismos representantes de la comunidad encargados de promover la restauración del orden jurídico mediante el castigo del delincuente (65); por ello es lógico que en el proceso penal rija el principio oficial y consecuentes (66), (67).

Pero el contrastar estos dos tipos de procedimiento opuestos ya ha venido dando lugar a errores que es preciso corregir (68), ya que la diferencia es un efecto y no una causa. De lo que se ha tratado aquí es únicamente de poner de manifiesto la contraposición fundamental entre procedimiento oficial y dispositivo; mas libresenos de estimar que el civil deba configurarse estrictamente como el segundo, así como que con el penal deba ocurrir lo opuesto. Tanto el procedimiento civil como el penal deben configurarse no con arreglo a tales extremos, sino de tal modo que la combinación en ellos dé como justo medio un tipo de procedimiento en que se garantice tanto el interés general como

(61) Cfr. ULLMANN, ob. cit. pág. 19; GRASS, ob. cit., pág. 2.

(62) Mientras ello no constituyere patente abuso e injusticia, pues como decía KLEIN, "el desinterés del Estado por las violaciones del orden jurídico privado termina cuando se produce la petición de justicia a los Tribunales" (Cfr., *Die schuldhafte Parteihandlung*, Viena, 1885, pág. 128).

(63) Cfr. GRASS, ob. cit., págs. 1 y ss.

(64) Cfr. KOHLER, *Über die Officialtätigkeit in der Beweiserhebung*, en sus "Gesammelte Beiträge", Berlín, 1894, pág. 363.

(65) Cfr. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprocess* (vol. III de "Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung"), Bonn, 1864, págs. 22 y ss.

(66) Cfr. VON ORELLI, *Über die Jury in Civilsachen*, en "ZKFZR", III, páginas 3 y ss., y bibl. cit. anteriormente.

(67) Estas consideraciones son, en general, aplicables (en algún caso "legiferenda") al proceso contencioso administrativo español.

(68) Cfr., p. e. FLORIÁN, *Le due prove* cit. pág. 223.

los particulares, dando predominio a aquellos que, según el carácter del interés jurídico que se discuta, lo merezcan, dado el carácter de la sociedad actual (69); de ahí que según los países, las características raciales y los conceptos políticos básicos, estén configurados los procedimientos civil y penal de acuerdo con unos principios u otros más o menos combinados con los opuestos (70), (71).

Debemos aquí anotar la existencia y auge del movimiento procesalista publicístico, que tiende a restituir al Juez en el proceso civil su verdadero carácter de entidad pública (72) interesada únicamente en hacer justicia del modo mejor y más rápido (73) mediante la devolución a él de la autoridad que los códigos franceses le habían arrebatado (74) a través de la limitación del principio dispositivo (75), (76).

El acceso al poder de los nacionalsocialistas en Alemania puso sobre el tapete científico y legislativo el problema del mantenimiento del principio dispositivo (77), cuestión que de haberse resuelto—como algunos parecían decididos a hacer—, en sentido de hacerlo desaparecer, hubiera dado sensibles resultados con respecto a la posibilidad de elaborar ampliamente una doctrina general de los principios procedimentales civiles relacionados con los penales. Se pedía que se implan-

(69) Cfr. arg. GRAF ZU DOHNA, *Das Strafprozessrecht*, Berlin, 1929, 3.^a edición, págs. 114 y ss.; MAYER, *Augenscheinnahme und Untersuchung*, Breslau, 1911, pág. 21.

(70) Cfr. estas consideraciones en CARNELUTTI, *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione*, en "Riv. Dir. Proc. Civ." 1934, I, páginas 289 y ss.

(71) Una buena muestra de ello la constituyen las diferentes concepciones y regulaciones de la actividad de control de la Administración pública.

(72) Cfr., p. e. arg. en SEYDEL, *Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses*, en "DR.", 1939, págs. 504 y ss.

(73) Cfr. TISSIER, *Le Centenaire du Code de Procédure civile et les projets de réforme*, en "Rev. Trim. Dr. Civ.", 1906, pág. 652.

(74) El principio de dirección del proceso por el Juez no es de este siglo, contra lo que COUTURE parece expresar (Cfr. *Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispanoamericano*, en sus "Estudios de Derecho procesal civil", Buenos Aires, 1948, pág. 314); se estudió profusamente, como tantos otros, ya a final del pasado siglo. Se cuentan entre los ilustres autores que antes se percataron de su importancia, amén de FRANZ KLEIN, p. e., TISSIER en sus *Méthodes juridiques*, París, 1911, esp. pág. 110 (aunque ya anteriormente había mostrado sus ideas en tal sentido): HELLMANN, *Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, 9.^a ed., vol. II, Erlagen, 1881, esp. pág. 298; SEUFFERT, *Über richterliches Ermessen*, Giessen, 1880, etc.

(75) Cfr. alguna acertada consideración sobre la parte técnica de un futuro proceso civil en VOLKMAR, *Grundprobleme der Zivilprozeßreform*, en "Judicium", 1929-30, esp. págs. 231 y ss.

(76) "El proceso civil—dice BIONDI—interesa a la comunidad; el interés particular representa solamente un estímulo" (Cfr., *Alcuni rilievi* cit., loc. cit., página 208).

(77) Muy importante para el estudio de esta cuestión lo es el admirable trabajo de PRIETO CASTRO, *Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal* (Examen y crítica de las direcciones germanicas de los últimos tiempos), "IJ", 1947, julio-agosto, págs. 31 y ss. y esp. págs. 37 y ss.

tase con carácter general el principio de investigación oficial del Juez, con posibilidad para éste de recurrir a todos los medios de prueba necesarios según las circunstancias de caso. Las bases de esta y otras peticiones eran diversas; alguna de tipo sociológico-jurídico, como la de la necesidad de llegar en el proceso civil no a una justicia para las partes, sino para la comunidad social, dándose así cabida amplia al interés público en el proceso civil ordinario; otras, de tipo más procesal, ya por parte de la doctrina—se alegaba el éxito del procedimiento oficial en las causas matrimoniales (78)—, ya por parte de la judicatura, descontenta de su papel pasivo. Por este camino incluso se aspiraba a extinguir el proceso civil en favor de la jurisdicción voluntaria (79).

Pero la importancia del interés privado de las partes en el proceso civil es indiscutible; la comunidad no está interesada sinomediatamente en una justicia material, y, naturalmente, hubo voces muy autorizadas que defendieron la posición de que no interesa a las partes la justicia material, sino "su" justicia formal (80); se vió cómo juristas de ideas avanzadas repetían frases de Kohler sobre la importancia del interés privado y del principio dispositivo (81). De aquí que si bien se deba limitar al principio dispositivo en sentido de dejarlo reducido a la incoación del proceso a instancia de parte y a que solamente se resuelva sobre las peticiones de las partes (82), dejando que el procedimiento esté regido por el Juez con poder de completar o suplir la actividad de las partes mediante la posibilidad de ordenar las medidas y actuaciones necesarias para aclarar el caso (83), no se le pueda hacer desaparecer; las normas del Derecho objetivo privado son abstractas, y es cuestión de las partes el que se determine judicialmente si se deben aplicar o no a su conflicto de intereses, expeniendo para ello el supuesto de hecho (84).

(78) Cfr. HERBERT SCHNEIDER, cit. por SCHÖNKE, ob. cit., pág. 25.

(79) Cfr. BAUMBACH. *Zivilprozess und Freiwillige Gerichtsbarkeit*, en "ZAk", 1938 págs. 583 y ss.

(80) Cfr. KISCH, *Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege*, en "DR.", 1936, pág. 10.

(81) Cfr. SEYDEL, que en *Gedanken* cit. repite una frase de KOHLER en su *Über Offizialtätigkeit* cit., de sus "Beiträge".

(82) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., pág. 26.

(83) Cfr. KISCH, ob. ult. cit., pág. 10.

(84) Los intereses de la sociedad en el proceso civil, desde el punto de vista de la justicia, ha de defenderlos el Juez ejerciendo los poderes de que se le dote, y desde la posición de parte, el Ministerio fiscal. En otra ocasión (Cfr. nuestro *Ensayo* cit.) ya hemos declarado que las facultades de intervención que la Ley alemana de 15 de julio de 1941—aún vigente, según hemos podido constatar—concede al Ministerio fiscal, con respecto a asuntos civiles, nos parece excesiva, aunque no de despreciar "prima facie"; si es cierto que los conceptos se prueban por su fecundidad (GOLDSCHAUDT), la vigencia de dicha Ley, después del cambio que en Alemania se ha operado, puede conducir a la conclusión de que no es desacertado el principio que la informó. Por otra parte, también en los demás países se está extendiendo la intervención del Ministerio fiscal en asuntos civiles (Cfr., p. e., la Ley de 18 de marzo de 1944, sobre arrendamiento rústicos).

Es decir, siendo necesaria la aportación de las partes al proceso —léase colaboración en amplio sentido—, la verdad está en el justo medio; es lo que los austriacos llaman “Sammelmaxime” (85) en su obra, poco afectada por la tendencia alemana a que nos hemos referido por haber procedido más meditadamente—y en momentos de pasiones políticas menos violentas, lo que les libera de las sospechas de los pseudocientíficos—a destacar, mediante el principio de autoridad del Juez, el aspecto público del proceso civil (86). A pesar, pues, de no poderse admitir la abolición del principio dispositivo, es indudable el camino de “penalización” del proceso civil en los últimos lustros (87) por razón de un acercamiento entre los principios procedimentales fundamentales de ambos, hecho posible merced a la crisis parcial y merecida del antiguo principio dispositivo.

Si en el proceso civil se muestra una marcada inclinación a admitir la iniciativa de oficio aun en los países de estructura liberal democrática (88), también notamos un incremento de esta preferencia en el proceso penal; se propone la limitación del proceso provocado por iniciativa de la parte en los casos de infracciones leves (89). Esto, que pudiera decirse es una retracción del proceso penal ante el movimiento del civil hacia la fusión de algunos de sus principios procedimentales, no impide la construcción doctrinal común; la base de la diferencia sigue siendo la misma, la entidad del interés que se discute en el proceso. La dinámica de este interés, tanto en el campo de lo civil como en el de lo penal, es de tendencia ascendente en cuanto sea público; por ello también la dinámica de los sistemas de principios procedimentales sigue tal tendencia, manifestándose un acercamiento entre lo civil y lo penal por ser más moderno allí que aquí el incremento de la importancia del interés público.

(85) Cfr. WOLFF, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2.^a ed., Viena, 1947, pág. 165.

(86) La trayectoria immutable de la ZPO austriaca y su tremenda influencia en la legislación de una gran parte de Europa (sobre las leyes fundamentales de Checoslovaquia, Hungría, Yugoslavia, Polonia, Dinamarca, Noruega y Suecia) demuestra la bondad de sus principios. Y lo meditado de los mismos puede verse en la maravillosa obra de preparación de la ZPO, *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, Viena, 1897, p. e., en el tomo I págs. 256 y siguientes, y otros puntos; digno ejemplo a imitar por los legisladores. De ahí la consecuencia de que haya podido salir triunfante de las duras pruebas políticas a que ha sido sometida y que aun hoy día se ponga de manifiesto su enorme fuerza vital (Cfr. los artículos de LEONHARD y SCHIMA en la “Festschrift” publicada para conmemorar el L aniversario de su entrada en vigor, Viena, 1948; otro del primero, *Die Lebenskraft der österreichischen ZPO*, en “OJZ”, 1947, págs. 479 y ss., y otro de GRILL, ya cit., en la misma revista, 1948, págs. 97 y ss.).

(87) Cfr. CALAMANDREI, *Relatività nel concetto di azione*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1939 I págs. 37 y ss.

(88) Cfr. COUTURE, *El Derecho procesal hispanoamericano* cit., en sus “Estudios”, también cit., págs. 313 y ss.

(89) Cfr. HÖVELMANN, *Vorschläge zur Vereinfachung und Kraftersparnis in der Strafrechtspflege*, en “OJZ”, 1948, págs. 73 y ss.

Todas las consideraciones hechas hasta ahora se refieren más bien a los principios del procedimiento que afectan más directamente a la formación del material fáctico sobre el que se ha de juzgar, por constituir la premisa menor del silogismo que el Juez desarrollará en la elaboración de la sentencia. Pues en cuanto a los principios que afectan preferentemente a la forma de la actividad procedural, aunque también ligados con los demás, son grandes las posibilidades de disponer de ellos y aplicarlos a lo civil y a lo penal, según las diversas circunstancias que concurren en cada ordenamiento procesal. Así, tanto la oralidad como la escritura pueden aplicarse ampliamente al proceso civil como al penal (90)—y así ocurre en las legislaciones—, según se adecúen bien o mal al carácter del país, sistema legislativo, etcétera, como consecuencias de la inmediación o mediación (91). Producen a su vez, como ya dijimos, una serie de principios derivados (la oralidad da lugar a la concentración; la escritura, a la preclusión y orden legal de los actos procesales, y, para ello, a la preclusión y eventualidad) (92). También tienen efectos con respecto a la publicidad general (93).

Llegamos, pues, a la conclusión de que los principios de los procedimientos civiles y penales pueden ser estudiados en una parte general del Derecho procesal, ya que si examinamos el problema que hasta ahora han planteado bajo el prisma de la jurisprudencia de intereses la calidad del dato real de que se ha de partir es idéntica: el interés; solamente la entidad de este interés es lo que diferencia a unos procedimientos de otros, sin que se pueda establecer una diferencia entre un sistema procedural penal y otro civil por existir “puentes de paso” (Calamandrei) y por aproximarse cada vez más la idea fundamental de la técnica del proceso civil a la del penal—sin que por eso haya que dejar de reconocer sus diferencias—. Este estudio de una

(90) Con ref. a la Historia del Derecho y a la aplicación de estos principios, bien al proceso penal, bien al civil, cfr. LÓPEZ ORTIZ, ob. cit., y VON KRIES, obra citada, págs. 12 y ss.

Es interesante contrastar, p. e., la opinión de CHIOVENDA, favorable a la oralidad en su *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla commissione per il dopo guerra*, en sus “Saggi”, t. II; Roma, 1931, págs. 24 y siguientes, por la de HEUSLER (*Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1923, pág. 53), que abomina de la oralidad por no haber surtido los efectos que sus mantenedores prometieron.

(91) Cfr. VON KRIES, ob. cit., págs. 251 y ss.; WALSMANN, ob. cit., loc. cit., y *Rechtsstreit und Vollstreckung*, Leipzig, 1936, págs. 44 y ss. (Nótese el cambio de denominación alemana para designar al proceso civil: para nosotros es índice de la transformación que en tal país se intentaría laborar con respecto a él.)

(92) Cfr. VON KRIES, ob. cit., págs. 252 y ss.; RUBINSTEIN, *Der Stand der Eventualmaxime in den geltenden kantonalen Zivilprozessrechten*, Affoltern, 1935, *passim*.

(93) Cfr. NEUER, *Die Öffentlichkeit der zürcherischen Gerichte*, Aarau, 1946, págs. 10 a 43; BIRKMEYER, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin, 1898, página 533; KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1910, páginas 168 y ss.

doctrina común entendemos que ha de ser útil, tanto científica como pedagógicamente; en el estado actual de la ciencia procesal española aspiramos a la formulación de conceptos ordenadores comunes a ambos procesos; creemos que para llegar a este punto hemos fijado y complementado las diferentes normas que se nos ofrecían—jurisprudencia inferior—, llenando con intereses vitales jurídicos el vacío que separaba a los antiguos y cerrados sistemas de principios sobre la técnica procedural civil y penal (94).

Pedagógicamente, una pequeña doctrina general de los principios del procedimiento puede ser muy útil (95); a las razones genéricas alegadas puede unirse la gran entidad de ese “puente de paso” entre los sistemas procedimentales opuestos que se nos ofrece en el ordenamiento jurídico español, es decir, la importancia de principios procedimentales basados en interés privado en el proceso penal y viceversa (96).

Habiendo ya expuesto nuestras ideas sobre los principios que informan a nuestros procedimientos civiles (97), mostraremos también nuestro pensamiento sobre los del procedimiento penal en relación con aquéllos.

Quedó justificada por nuestra anterior argumentación la necesidad de que en un proceso en que se ventila un interés público a actuar mediante la imposición de una pena, si ésta es procedente, predomine el principio denominado oficial (98); concretamente, en lo penal, se hace necesario también que un organismo especializado esté siempre preparado para instar el proceso.

Pero este principio, que se manifiesta a través de una actividad judicial no excitada por iniciativa de los particulares, también rige en procedimientos no penales; la espontaneidad de la transformación del interés privado en público por razón de las circunstancias de la sociedad moderna aconseja en muchos casos ya incluso imponer la incoación del proceso civil de oficio: a tal cosa equivale en algunos casos la excitación del proceso de trabajo por autoridades competentes distintas de los obreros directamente afectados y la del de arrendamientos rústicos por el Ministerio fiscal. En estos casos se da un interés público, social, que es preciso tutelar vigorosamente en cuanto que sus titulares directos sean económicamente débiles para poder

(94) Cfr. HECK, ob. cit., diversos lugares.

(95) Cfr., las ideas en tal sentido de HECK, ob. cit., págs. 547 y ss.

(96) Cfr., p. e., la ilimitación de los medios de prueba y la facultad de los Tribunales de aportarlos como tales en el recurso contencioso-administrativo (Cfr. PRIETO CASTRO *Sobre el concepto y delimitación del Derecho procesal civil*, en “RDPr”, III (1947), pág. 577), así como el amplio poder de interrogación de dichos Tribunales.

(97) Cfr. nuestros *Grundriss* cit., págs. 16 y ss.

(98) Sobre las diferencias entre el moderno principio de dirección oficial del proceso y el antiguo principio inquisitivo, cfr. VON CANSTEIN, *Der Zweck des Zivilprozesses*, Graz, 1902, págs. 5 y ss.

mantenerlo (99). En otros casos la claridad que debe brillar siempre en la constitución de las entidades sociales básicas de los actuales sistemas económicos y políticos—la familia en sus diferentes relaciones—exige que la organización estatal provea, por medio de un órgano especializado, a excitar la actividad de los Tribunales, independientemente también de la voluntad de los directa y particularmente afectados (100). Igualmente ocurre en materia de incapacitación de las personas, cuando afecte al orden público (en sentido amplio).

En tales casos se desvanece, como consecuencia del imperio del principio oficial en sentido amplio—sobre todo el procedimiento—, la rígida frontera que por algunos se quiso trazar entre prueba civil y penal (su dinámica en “proporción inversa”) (101); en la prueba civil aparece el principio de autoridad del Juez en sus varias manifestaciones sometiendo a las partes.

Con todo ello queda patente una vez más que la diferencia entre el proceso civil que sigue tal régimen procedural y el penal es mucho más leve que si considerásemos desarrollado a aquél por medio del principio ampliamente dispositivo: se trata de eslabones de ese “puente de paso” entre ambos principios opuestos.

De ahí que en nuestra doctrina de los principios del procedimiento se haya de estudiar el principio oficial como predominante en el proceso penal, viendo sus excepciones a favor del dispositivo (posibilidades de que el imputado lleve a cabo actos constitutivos) (102), así como también los casos en que tal principio impera en procedimientos civiles. El dato de que partimos inútil es repetirlo.

Estudiado el principio oficial con sus excepciones y establecida su comparación con los procedimientos no penales en que se manifiesta, a semejanza de lo hecho en el proceso civil, pasaremos a examinar los derivados: el principio de legalidad con sus excepciones a favor del principio de oportunidad (103). Asimismo, ensanchamos su ámbito hasta hallar fuera de lo penal ocasiones de aplicación del referido principio de legalidad (diligencias a practicar por los jueces de oficio en caso de fuga notoria o noticia de la misma de comerciantes sin haber de-

(99) Cfr. MENÉNDEZ PIDAL, *Derecho procesal social*, Madrid 1947, esp. páginas 299 y ss.; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, t. II, págs. 144 y ss.

(100) Cfr. CALAMANDREI, *Lince fundamentali* cit., págs. 133 y ss., y esp. páginas 153 y ss.; STRAULI Y HAUSER, *Zürcherische Rechtspflegegesetze* cit. II, página 180; GISI, *Verhandlung und Offizialmaxime im schweizerischen Eheprozessrecht*; PLEGHART, ob. cit., págs. 217 y ss.; PRUPPACHER, ob. cit., esp. páginas 18 y ss.; SCHÖNKE, ob. cit., págs. 337 y ss.; PRIETO CASTRO, ob. cit., tomo II, págs. 107 y ss.; PLAZA, *El régimen procesal de la declaración de incapacidad*, “RDP”, 1946, XXX, págs. 898 y ss.

(101) Cfr. FLORIÁN, *Le due prove* cit., pág. 223.

(102) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, cit., págs. 63 y 69 y ss.

(103) Cfr. MANNHEIM, *Die Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes*, en “JW.”, 53 (1924), págs. 1646 y ss.; tamb. arg. en OETKER, *Zur reform* cit., loc. cit., págs. 672 y ss.

jado representante para atender a sus obligaciones con vistas a la declaración de la quiebra, nulidad de matrimonios provocada por el Ministerio fiscal, denuncias por diversos organismos oficiales no interesados privadamente de infracción en materia de trabajo, etc.).

Lo mismo habrá de hacerse con respecto al principio de la inmutabilidad y sus repercusiones en materia procedural, exponiéndolas con sus manifestaciones en lo civil (v. gr., en lo relativo a los casos de indemnizaciones por accidentes del trabajo); lo mismo con el principio de obtención de la verdad material (104), al cual se aproxima cada vez más el proceso civil (105), alejándose de los antiguos expedientes formalistas—p. e., del juramento—y concediendo al Juez la jefatura del proceso (106); también con el íntimamente ligado con aquél—el principio de la libre apreciación de la prueba—y con los que, consecuentemente a los citados, inciden más directamente en la forma de las actuaciones procesales y en las relaciones formales entre los diversos sujetos del mismo (inmediación, oralidad, escritura, mediación, concentración, preclusión, eventualidad) (107).

Y como última tarea a llevar a cabo, después de la ya relacionada desde el comienzo de este ensayo, ha de venir la de reunir los conceptos ordenadores obtenidos y formularlos en un sistema. Basándonos en la pauta dada por los intereses a valorar nos resulta la parte común del sistema; de allí habremos de remontarnos a exponer los dos sistemas de principios que aparecen en el ordenamiento jurídico español, evolucionando según una línea que nos conduzca del interés en discusión, a través del principio procedural que promueve, hasta llegar a los procedimientos a que se aplica por razón de sus fines.

(104) Una supervaloración de la inimpugnabilidad de los hechos probados, de la concentración de la instrucción en la primera instancia y del significado de las facultades del Juez instructor, investigando libremente y aportando por sí material fáctico, dió lugar hace años a que fuera calificada su función de "legislativa" (Cfr. SCHABAD, *Rechtsschutzzanspruch und Urteil*, Zurich, 1916, páginas 46 y ss.).

(105) Téngase en cuenta que, realmente, el juez debe tener facultades no sólo para "saber", sino para "poder" (Cfr. FRITZSCHE, *Richteramt und Persönlichkeit*, Zurich, 1921, págs. 12 y 21).

(106) Cfr. bibl. cit., y también KOHLER, *Über Einlassung und Klagerecht*, en sus "Beiträge" cits., pág. 57.

(107) El principio de publicidad, tan indiscutido hasta ahora en materia penal tiene también actualmente sus enemigos, que alegan la dificultad de que los jueces que han de sentenciar examinen atentamente el comportamiento y reacciones del acusado en medio de las solemnidades del juicio oral; para estos autores, la lejanía entre los sitiales del Tribunal y el lugar del acusado produce casi una mediación (Cfr., p. e., FINZI, *El imputado... visto de lejos*, en "RDPArg" 1943 I, págs. 324 y ss.).

S I G L A S

- RDPr., *Revista de Derecho procesal.*
RDP., *Revista de Derecho privado.*
AHDE., *Anuario de Historia del Derecho español.*
AAMN., *Anales de la Academia Matritense del Notariado.*
RDPArg., *Revista de Derecho procesal* (Argentina).
Riv. Dir. Proc. Civ., *Rivista di Diritto Processuale Civile.*
Rev. Trim. Dr. C., *Revue Trimestrelle de Droit civil.*
ZZP., *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess.*
ArchivPr., *Archiv für die civilistische Praxis.*
DR., *Deutsches Recht.*
DRZ., *Deutsche Richterzeitung.*
ZAK., *Zeitschrift für Akademie für deutsches Recht.*
SJZ., *Schweizerische Juristen-Zeitung.*
OJZ., *Osterreichische Juristen-Zeitung.*
ZfSR., *Zeitschrift für schweizerisches Recht.*
JW., *Juristische Wochenschrift.*
ZKFZR., *Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der Zürcherischen Rechts-
pflege.*
IJ., *Información jurídica.*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La legalidad sobre Grandezas y Títulos nobiliarios^(*)

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE
Letrado del Consejo de Estado

La Ley de 4 de mayo de 1948 ha restablecido la legalidad vigente con anterioridad al 14 de abril de 1931 respecto a Grandezas y Títulos del Reino. Ha introducido, a la vez, sobre ese régimen antes vigente, alguna modificación. La Ley, de importancia tan notoria, ha sido seguida de dos Decretos ejecutivos: uno del Ministerio de Justicia de 8 de junio de 1948, y otro de la misma fecha del Ministerio de Hacienda, por virtud de los cuales tal restablecimiento que la Ley declara, así como las innovaciones que aporta, han cobrado plena efectividad (1); este Decreto orgánico del Ministerio de Hacienda ha sido completado a su vez, respecto a una cuestión particular, por el Decreto-Ley de 9 de julio de 1948 y desarrollado por la Orden de 18 de diciembre siguiente; igualmente, las disposiciones transitorias del Decreto de Justicia han sido complementadas por las Ordenes del mismo Ministerio de 27 de octubre y 12 de diciembre de 1948 (2).

(*) El presente trabajo no es sino la parte introductoria (*fuentes normativas*) de otro sistemático sobre el tema, que publicará más adelante el ANUARIO. En este sentido deben entenderse las referencias que en el texto se hacen a posteriores desenvolvimientos de ciertos puntos.

(1) La Ley de 4 de mayo de 1948 ha sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de mayo de 1948; su título oficial es: "Ley de... por la que se restablece la legalidad vigente con anterioridad al 14 de abril de 1931 en las Grandezas y Títulos del Reino". Los dos Decretos de 4 de junio de 1948, de Justicia y de Hacienda, se han publicado, respectivamente, en los *Boletines Oficiales* de 16 de junio y 21 de junio del año; respecto al Decreto de Justicia, hay que tener presente la rectificación que fechada en 16 de junio de 1948 apareció en el *Boletín Oficial del Estado* de 18 de junio rectificación de un error de cita que afecta al artículo 7º.

(2) "Decreto-Ley de 9 de julio de 1948 sobre impuesto de Timbre en las concesiones de Títulos y Grandezas". *B. O. del Estado* de 21 de julio. "Orden de 18 de diciembre de 1948 por la que se regula la forma de solicitar la cordonación, prórroga o fraccionamiento en el pago del impuesto de Títulos y Grandezas, y se señalan las obligaciones de los interesados sujetos a dicho impuesto". *B. O. del Estado* de 24 de diciembre. "Orden de 27 de octubre de 1948 por la que se dictan normas complementarias a la disposición transitoria primera del Decreto de 4 de junio de 1948". *B. O. del Estado* de 9 de noviembre. "Orden de 12 de diciembre de 1948 por la que se prorroga el plazo para instar la continuación de expedientes en curso en 14 de abril de 1931 o para convalidar las sucesiones tramitadas por la Diputación de la Grandeza". *B. O. del Estado* de 10 de enero de 1949.

ANTECEDENTES

El inmediato antecedente que la Ley de 4 de mayo de 1948 contempla es el de la legislación republicana, fundamentalmente constituida al respecto por el Decreto de 1 de junio de 1931 y Ley de ratificación de este Decreto de 30 de diciembre del mismo año. Este Decreto derogó el régimen anterior relativo a dignidades nobiliarias, al disponer la no concesión en adelante de estas distinciones (artículo 1.^º) y negar efectividad jurídica a las existentes hasta entonces (artículos 2.^º y 3.^º). Otras disposiciones de la República acentuaron esta tendencia, que no paró en la mera supresión de Grandezas y Títulos, sino que llegó a situar a los titulares de estas dignidades en situaciones de inferioridad (3). Esta legislación queda expresamente derogada (4).

Hasta el Decreto de 1 de junio de 1931, y salvo un corto paréntesis igualmente suscitado por otra legislación republicana (Decreto de 25 de mayo de 1873, derogado por el Decreto de 25 de junio de 1874, que, en cuanto restablece la antigua legalidad, viene a ser paralelo de la Ley (5) que glosamos), había vivido continuadamente en nuestra patria la institución de la Nobleza titulada hereditaria desde su origen y constitución en la Edad Media (6).

(3) Base 5.^a de la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932; Decretos de 18 de septiembre y 4 de noviembre de 1932; Ordenes de 1.^º de octubre, 15 de octubre y 30 de diciembre de 1932, etc.

(4) Disposición final de la Ley que comentamos: "Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo prevenido en la presente Ley y de modo expreso el Decreto de primero de junio de mil novecientos treinta y uno y Ley que lo ratificó de treinta de diciembre del mismo año."

(5) Este paralelo ha sido evidente para los autores de la Ley de 1948, que incluso transcriben en el Preámbulo de ésta párrafos de la Exposición de Motivos del Decreto de 1874.

(6) Sobre historia de la institución nobiliaria puede verse: F. SUÁREZ DE TANGIL: *Breve estudio histórico-político y sociológico legal sobre las Grandezas de España y Títulos del Reino*. Madrid, 1914, págs. 7 y ss.; E. MAYER: *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos v al xv*, Madrid I, 1925; II, 1926 (muy criticado por los especialistas en algunos de sus puntos de vista); A. GARCÍA GALLO: *Las instituciones sociales en España en la alta Edad Media*, en los núms. 1 y 2 del "Suplemento de Política Social" de la "Rev. de Estudios Políticos". Madrid, 1945; M. GARCÍA PELAYO: *El testamento de la nobleza en la época del despotismo ilustrado*, en la Rev. "Moneda y Crédito", núm. 17, Madrid, 1946; A. GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho español*, I. Madrid, 1946, págs. 76 y ss., 142 y siguientes, 232 y ss., 330 y ss. y 451 y ss. (con bibliografía de conjunto). Por la índole de este trabajo nos relevamos de hacer a este respecto otras consideraciones que las de interés muy general: en el transcurso de la exposición que sigue haremos, sin embargo, alusiones a la evolución histórica de aspectos singulares de la institución.

Esta institución de la Nobleza titulada (7) se presenta particularmente como una integración de los altos cargos de la Administración Real (Dux, Comes, Marchio o Margraf) sobre la nobleza feudal preexistente. Sobre esta base, los Títulos nobiliarios pierden pronto su significado funcional para hacerse distinciones personales que señalan a los grandes señores, según merced del Rey; con ello los Títulos se hacen hereditarios, como un atributo de la nobleza que se transmite. El auge del poder real lleva a monopolizar en la Nobleza titulada la categoría de la alta nobleza política; con la Monarquía absoluta cristaliza definitivamente esta tendencia.

Ya desde las Partidas (Part. 2.^a, Tít. I, XXI y XXVII) los antiguos Cuerpos legales se ocupan de regular esta materia, aunque, en general, de modo fragmentario (Tít. I del lib. IV de las Ordenanzas Reales de Castilla o de Montalvo; disposiciones sobre mayorazgos de las Leyes de Toro—Leyes 40 a 46—; Tít. I del lib. VI de la Nueva Recopilación). En la Novísima Recopilación se ofrece todavía una regulación parcial (Título V, lib. III; Tít. I y II, lib. VI; Tít. XVII, lib. X). Muchas de estas antiguas Leyes son hoy todavía de aplicación, según veremos en el apartado siguiente.

En 1520 Carlos V consagró el reconocimiento legal de la Grandeza de España, la más alta categoría de la Nobleza española que, instituida hasta entonces de hecho por el uso, hacen algunos derivar de la riconombria medieval y otros de la nobleza llamada de pendón y caldera (8).

Al liquidarse el antiguo régimen nos encontramos floreciente la institución de la nobleza, eficaz aún en su papel político y socialmente sostenida, a más de por una serie de privilegios efectivos, por la titularidad de Señoríos y de vínculos patrimoniales. El régimen constitucional va a afectarla en forma importante: los antiguos privilegios son, en general, abrogados en virtud de los nuevos principios, se suprime Señoríos y vinculaciones, la política pasa a manos del tercer estado. No obstante, se respeta la existencia misma de la Nobleza titulada, que queda ya, propiamente, reducida al uso de un mero honor público al perder su carácter de clase política y clase social. En esta ocasión encontramos la primera referencia de conjunto de nuestra legislación a

(7) Debe distinguirse la nobleza titulada de la simple nobleza o nobleza de sangre y privilegio (hidalguía, baja nobleza). En la Novísima Recopilación trata de la nobleza titulada el tít. I del lib. VI ("De los Señores de vasallos, Grandes de España y otros Títulos de Castilla"), y de la simple nobleza el tít. II del mismo lib. VI ("De los Nobles e Hijosdalgo; y de sus privilegios"). Igual distinción puede ya señalarse en las Partidas (Tít. I de la Part. 2.^a y tít. XXI de la misma Part. 2.^a). La nobleza no titulada no tiene hoy reconocimiento legal desde que se abolieron con el régimen constitucional los privilegios que la sostienen; subsistía únicamente una manifestación limitada de esta nobleza de sangre, como distinción de honor, en los capítulos corporativos de Ordenes y Maestranzas, a cuya legislación privativa no parece alcanzar el restablecimiento de vigencia que preceptúa la Ley de 4 de mayo de 1948 expresamente para "Grandezas y Títulos del Reino" (art. 1.^o); el proyecto de Estatuto Nobiliario preveía un restablecimiento pleno de esta nobleza (cap. III).

(8) Sobre esta cuestión del origen de la Grandeza vid. F. SUÁREZ DE TAN-GIL: *Breve estudio....* cit., págs. 9 y ss.

los Títulos y Grandezas, en el artículo 13 de la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820. Configurándose las dignidades nobiliarias como vinculaciones sucesorias, la Ley desvinculadora exceptúa de su alcance a "los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminentias de esta clase", declarando expresamente su subsistencia. En virtud de esta disposición la institución nobiliaria pasa, en su propio carácter de dignidad hereditaria, del antiguo al nuevo régimen. Las regulaciones concretas deben, en virtud de esta Ley, buscarse en los antiguos Cuerpos legales.

En 1846 (Real Decreto de 28 de diciembre) se suprime la prestación de lanas y medias anatas a que estaban obligados los Grandes y Títulos de Castilla por la antigua legislación, creándose en su lugar el "Impuesto especial sobre Grandezas y Títulos". Esta disposición, fruto de la reforma fiscal y financiera de Mon que, como es sabido, abarca a todas las manifestaciones de nuestra Hacienda, excede, sin embargo, de su directa intención tributaria; entrando derivativamente en el derecho material inicia una tendencia relativa a la virtualidad y caducidad de las dignidades nobiliarias que alcanza, según más adelante hemos de ver, una significación fundamental. Puede muy bien señalarse aquí el comienzo de la época contemporánea, como época definida, en la legislación de la materia.

El Real Decreto de 1.^o de octubre de 1858 se ocupa del trámite de la concesión de mercedes nobiliarias, para aligerarlo de antiguos requisitos que, como la iniciación del designado noble por un grado inferior, eran ya inoportunos en la consideración de la Nobleza como mero honor público. En general, esta cuestión de la concesión de dignidades aparece regulada en las Constituciones, en cuanto que hacen de ella, típicamente, un contenido de la prerrogativa real.

La primera República suprime (como ya dijimos) las Grandezas y Títulos del Reino (Decreto de 25 de mayo de 1873), supresión que es, a su vez, derogada por el Gobierno del Duque de la Torre (Decreto de 25 de junio de 1874). La Monarquía restaurada insiste en este mismo sentido, restableciendo la Real prerrogativa de conceder Grandezas de España y Título del Reino (Decreto de 6 de enero de 1875).

El Real Decreto de 13 de junio de 1879 y el de 11 de junio de 1883 establecen nuevas normas sobre concesión y rehabilitación de mercedes nobiliarias (sobre esto último, de acuerdo con el sentido de la legislación fiscal, se habían dictado ya otras disposiciones, entre las que sobresale el Real Decreto de 4 de diciembre de 1864). Por Real Decreto de 25 de julio de 1884 se suspenden provisionalmente las rehabilitaciones de títulos caducados, suspensión que fué levantada, dictándose al efecto nuevas normas, por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1885. El Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Justicia de 17 de abril de 1890 reguló el trámite de sucesiones y, de nuevo, el de rehabilitaciones de dignidades nobiliarias; estas mismas reglas fueron trasplantadas al nuevo texto del Reglamento de procedimiento administrativo de 7 de enero de 1901.

En 27 de mayo de 1912 se dicta un Real Decreto que pretende recopilar y concordar toda la legislación vigente sobre la materia, intención que, desde luego, no logra ni aun siquiera respecto a la legislación de la época constitucional, a que se reduce, y que, además, conscientemente traiciona en sus propios preceptos al establecer regulaciones nuevas en puntos importantes; su fórmula derogatoria (que afecta únicamente a "todas aquellas disposiciones que se opongan a lo establecido en este Real Decreto": art. 21), descubre que la pretendida recopilación carece de verdadero alcance codificador, por lo que no excusa de la necesidad de acudir a la anterior legislación. La Ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1914 confirió fuerza de Ley a este Real Decreto orgánico (art. 9.º).

Por el Real Decreto de 10 de enero de 1921 se suspendieron nuevamente los expedientes de rehabilitación. El Real Decreto de 8 de junio de 1922 alzó esta suspensión disponiendo nuevas normas orgánicas sobre el caso, que fueron desarrolladas por la Real Orden de 21 de octubre de 1922 (9).

La Real Orden de la Presidencia de 3 de junio de 1927 constituyó una Comisión Oficial de Heráldica para que "redactase un compendio de cuanto con la Heráldica se relaciona, no sólo recopilando la legislación vigente en la actualidad, sino también proponiendo al Gobierno de Su Majestad las modificaciones y aclaraciones que se estimen pertinentes, para la refundición en un solo texto o Código de estas materias"; esta recopilación debería abarcar todo lo relativo a "Maestranzas, Órdenes militares, Colegiaciones nobiliarias, Títulos, escudos y, en general, cuanto abarque la Heráldica en su más pura y amplia acepción". En cumplimiento de esta amplia tarea la Comisión nombrada, compuesta de personas de gran competencia, elaboró un "Proyecto de Estatuto Nobiliario", obra meritísima, de ambicioso empeño, que presentado al Gobierno del General Primo de Rivera no fué promulgado en definitiva como texto legal por los acontecimientos políticos que provocaron en aquellos días la caída de este Gobierno. Aparte de las interesantísimas innovaciones que postulaba (entre las que destacan las relativas a organización de la nobleza y al restablecimiento de la nobleza no titulada), este Proyecto puede consultarse con fruto en muchos puntos como síntesis de la legislación hoy en vigor (10). No parece haber ejercido influencia alguna sobre los legisladores de 1948.

(9) Una recopilación muy completa de la legislación sobre dignidades nobiliarias a partir de 1820 puede encontrarse como apéndice de la obra *Caso curioso y moderno de Derecho circular*, de F. SUÁREZ DE TANGIL, CONDE DE VALLELLANO, Madrid, 1920, págs., 169 y ss. Omitimos aquí las referencias a disposiciones de importancia secundaria o relativas a aspectos parciales que, en general, serán aludidas en sus lugares sistemáticos.

(10) Consta el proyecto de Estatuto Nobiliario de ocho capítulos, con un total de 183 artículos. Ha sido publicado, recientemente, por el MARQUÉS DE CIADONCHA: *Estatuto Nobiliario. Proyecto redactado por la Comisión Oficial de Heráldica de 3 de julio de 1927*. C. S. Inv. Cient. Instituto Jerónimo Zurita, Madrid, 1945. Esta publicación incluye Ponencias sobre puntos concretos y proyectos de Reglamentos ejecutivos, algunos muy valiosos como antecedentes.

Llegamos así a la legislación de la segunda República, cuya derogación y rectificación sabemos ya que es el objeto de la Ley de 1948.

II

LEGISLACION PUESTA EN VIGOR POR LA LEY DE 4 DE MAYO DE 1948

a) *Principio general.*

El artículo 1.^º de la Ley de 4 de mayo de 1948 dice: "Se restablecen, en cuanto no se opongan a la presente Ley y Decreto que la complementen, las disposiciones vigentes hasta el catorce de abril de mil novecientos treinta y uno sobre concesión, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino." En el mismo sentido insiste el Decreto ejecutivo de Justicia de 4 de junio de 1948 (art. 1.^º): "De conformidad con lo establecido en el artículo primero de la Ley de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, la concesión de Títulos nobiliarios, así como la transmisión y rehabilitación de los mismos, se ajustarán a las normas contenidas en la legislación vigente con anterioridad al catorce de abril de mil novecientos treinta y uno, con las modificaciones que en el presente Decreto se establecen." No obstante la expresada concreción de estos preceptos a los aspectos de concesión, transmisión y rehabilitación de las dignidades nobiliarias, debe entenderse, indudablemente, que la intención de la Ley es restablecer la integridad del régimen jurídico sobre Grandezas y Títulos vigente antes de su suspensión por la República, se refiera a esos nombrados aspectos particulares o a la totalidad de aspectos que éstos, en realidad, implican.

Este restablecimiento de vigencia alcanza a disposiciones dictadas a partir de la instauración del constitucionalismo y a legislación anterior a este momento. Es útil distinguir uno y otro supuesto.

b) *Legislación posterior a la época constitucional.*

Artículo 13. Ley de 11 de octubre de 1820 ya aludido; importante, además, en cuanto a la facultad de distribución de Títulos entre los hijos (11).

Artículos 8.^º y 9.^º del Real Decreto de 28 de diciembre de 1846 sobre caducidad de Títulos por motivos fiscales.

y motivación de las regulaciones propuestas. J. VIGÓN ha comentado este Proyecto con ocasión de su publicación, en la "Rev. de Estudios Políticos", números 31-32, Madrid, 1947, bajo el título *Aristocracia y Nobleza*. Otro comentario parcial, el de L. DE ECHEVARRÍA: *Nobleza, Heráldica y Órdenes Militares*, en "Revista Española de Derecho Canónico", núm. 2, Salamanca, 1946.

(11) La vigencia de esta Ley sufrió los vaivenes del movimiento político: derogada por Real Decreto de 11 de marzo de 1824 fué restablecida por Real Decreto de 30 de agosto de 1836 y, definitivamente, con su rango propio, por la Ley de 19 de agosto de 1841.

- Artículos 3.^o, 6.^o, 9.^o, 10 y 11 de la Real Orden de 14 de febrero de 1847, en cuanto desarrollan los preceptos acabados de citar.
- Real Orden de 24 de noviembre de 1848; *ídem*.
- Real Orden de 28 de febrero de 1849; *ídem*.
- Real Orden de 24 de octubre de 1851; uso de Títulos extranjeros.
- Ley de 17 de junio de 1855; sobre facultad de distribución de Títulos entre los hijos.
- Real Decreto de 1.^o de octubre de 1858; concesión de Títulos.
- Real Orden de 7 de noviembre de 1866; uso de Títulos pontificios.
- Real Decreto de 10 de octubre de 1864; reducción de la Grandeza a una clase única.
- Real Orden de 20 de febrero de 1877; comunicación por los Jueces municipales del fallecimiento de personas tituladas (recordada por Real Orden de 30 de diciembre de 1884).
- Real Orden de 9 de diciembre de 1884; comunicación a la Diputación Permanente de la Grandeza de España de las nuevas concesiones que se otorguen y de las transmisiones y rehabilitaciones autorizadas.
- Artículo 30 de la Instrucción provisional para la liquidación y cobranza del Impuesto especial sobre Grandezas, Títulos, honores y condecoraciones de 5 de diciembre de 1890; sobre el concepto de "uso indebido" de dignidades nobiliarias, a efectos de su sanción penal.
- Real Decreto de 27 de mayo de 1912; disposición orgánica fundamental sobre la materia.
- Artículo 9.^o, párrafo tercero, de la Ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1914; confiere rango de Ley a la legislación anterior sobre caducidades y expresamente al Real Decreto de 27 de mayo de 1912.
- Real Decreto de 28 de mayo de 1915; efectividad del Título nobiliario en documentos y actos oficiales.
- Real Orden de 29 de mayo de 1915; caducidades.
- Real Orden de 21 de julio de 1915; aprueba los "Estatutos para el régimen y gobierno de la Grandeza de España".
- Real Decreto de 29 de julio de 1915; certificaciones expedidas por los cronistas Reyes de Armas en materia de Nobleza, Genealogía y Heráldica.
- Real Orden de 28 de julio de 1916; prerrogativas y honores a los miembros de la Diputación Permanente y Consejo de la Grandeza de España.
- Orden de 7 de marzo de 1918; certificaciones, exhibición y devolución de documentos en expedientes relativos a Grandezas y Títulos.
- Real Decreto de 8 de julio de 1922; orgánico en materia de rehabilitaciones.
- Real Orden de 21 de octubre de 1922; desarrolla la anterior disposición.
- Real Decreto de 2 de septiembre de 1922; promulga el texto refundido de la "Ley reguladora del Impuesto sobre Grandezas y Títulos nobiliarios, Condecoraciones y Honores" (12).

(12) En realidad esta Ley no ha estado derogada; sus tarifas referentes a honores y condecoraciones han seguido siendo virtuales a través de estos años; la taria 1.^a, referente a Grandezas y Títulos, había quedado simplemente sin efectividad práctica; así lo observa el Decreto de Hacienda de 4 de junio de 1948 en su preámbulo, y por eso su artículo 1.^o dice: "A los fines dispuestos por la Ley de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, se declara de

Real Orden de 26 de octubre de 1922: expedientes para la autorización de uso de Títulos extranjeros.

Real Decreto de 13 de noviembre de 1922; el Ministerio Fiscal parte en los pleitos sobre Grandezas y Títulos del Reino (13).

Real Decreto de 8 de mayo de 1924: adiciona dos epígrafes a la Tarifa primera de la Ley del Impuesto, citada más arriba.

c) *Legislación anterior a la época constitucional.*

De la simple exposición anterior se deduce que la legislación dictada desde 1820 es fragmentaria; no abarca sino puntos concretos, aunque importantes, del régimen jurídico sobre Grandezas y Títulos del Reino. Todavía debe buscarse en los antiguos Cuerpos legales una parte importante de ese régimen jurídico, en cuanto éste precisa ser íntegro y completo. La vigencia al respecto durante toda la época constitucional hasta 1931 de estas normaciones contenidas en las viejas Leyes tiene su base legal en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, que dejó subsistente la antigua legislación (14), sin que la que posteriormente fué dictada haya podido afectar sino a las regulaciones concretas y particulares a que expresamente va dirigida. Esta vigencia no pudo tampoco concluir por la cláusula derogatoria del artículo 1.976 del Código civil, no obstante venir éste a sustituir a los antiguos Cuerpos legales, tanto porque la materia a que importa no es materia civil *strictu sensu* (y en tal sentido no es regulada, ni siquiera aludida, por el Código) como por el hecho de que tal vigencia estaba declarada y complementada por Leyes especiales a las que el Código no ha podido afectar (15).

aplicación la tarifa primera contenida en la Ley reguladora del impuesto...” No se trata, pues, propiamente, de un restablecimiento de vigencia. [Los tipos impositivos que figuran en esta Ley no han sido afectados por el recargo del 5 por 100 autorizado por todas las contribuciones e impuestos por el art. 24 de la Ley de Presupuestos de 23 de diciembre de 1948: art. 1º de la Orden de 30 de diciembre de 1948].

(13) Para la aplicación de este precepto fué dictada por la Fiscalía General del Tribunal Supremo la Circular de 27 de noviembre de 1922.

(14) Artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820: “Los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminentias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutan como anejas a ellas, subsistirán en el mismo pie y seguirán en el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia...”

(15) Sobre el alcance del artículo 1.976 del Código civil, F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I. Valladolid 1942, págs. 220 y ss. De hecho, la vigencia de la antigua legislación en materia nobiliaria no ha sido nunca discutida. En la generalidad de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia pueden encontrarse invocaciones legales de los viejos Códigos; incluso, como veremos, el Tribunal Supremo mantiene la vigencia de algunos viejos preceptos (por ejemplo, de la Ley 45 de Toro) frente a la contradicción expresa de los mismos por la legislación contemporánea.

Más interés tiene la cuestión referente a la posible aplicación de los preceptos del Código civil a aspectos singulares de la dogmática de la institución nobiliaria, antes regulados por los preceptos correlativos de los antiguos Códigos.

Solamente en la Novísima Recopilación y en las Partidas encontramos preceptos de aplicación. Es difícil, sin embargo, discriminar *a priori* exactamente cuáles, y cuáles no, son estos tales preceptos; entendemos que es éste un problema a dilucidar casuísticamente y no por vía general, y en tal sentido debemos remitirnos para cada precepto a la exposición sistemática del régimen jurídico sobre la materia que nos ocupa, que más adelante presentamos; indicaremos aquí, no obstante, los lugares sistemáticos de esos dos citados Cuerpos de Leyes donde ordinariamente deben encontrarse las regulaciones aplicables:

1) *Novísima Recopilación de las Leyes de España, 1805, y Suplemento a la misma de 1807.*

Libro III, Tít. II, Ley 3.^a: "Orden de las Leyes y fueros que se han de observar para la decisión de los pleytos".

Libro III Tít. II, Ley 6.^a: "Observancia de las Leyes de Toro en los pleytos posteriores a ellas".

Libro III, T.t. V: "De las donaciones, mercedes y privilegios reales".

Libro VI Tít. I: "De los Señores de vasallos, Grandes de España y otros Títulos de Castilla".

Libro VI Tít. II: "De los Nobles e Hijosdalgo; y de sus privilegios".

Libro VI, Tit. III: "De los Caballeros".

Libro VI, Tít. XIII: "De los tratamientos de palabra y por escrito".

Libro X, Tít. XVII: "De los mayorazgos" (están aquí las Leyes 40, 41, 42, 43, 44 y 46 de Toro).

Libro XI, Tit. XXIV, Ley 1.^a: "La posesión civil y natural de los bienes de mayorazgo, muerto su tenedor, se transfiera al siguiente en grado que deba suceder" (es la Ley 45 de Toro).

Libro XII: Algunas Leyes respecto a indignidades.

gos. El criterio aquí debe ser el siguiente: las reglas y principios propios de la institución nobiliaria, como institución "especial" (en cuanto ésta es respetada), son de plena e íntegra aplicación; donde acababa esta especialidad y juzgaba el orden jurídico "común", éste, evidentemente, será hoy aplicable en la forma de su positividad actual. La cuestión es análoga a la suscitada respecto a la aplicación del Código civil en las regiones forales en lugar de las antiguas Leyes generales. Ahora bien, en el caso que tratamos la solución concreta no puede darse, como en cierto modo en esta otra hipótesis, por una mera enumeración de regulaciones de antigua vigencia general correlativamente al Derecho actual; las reglas de especialidad de la institución nobiliaria están ordinariamente incrustadas entre esas regulaciones de antigua vigencia general; alguna vez, incluso, no tienen definición expresa por su equivalencia con la regla entonces general, pero su virtualidad debe ser mantenida, hoy que la regla general ha cambiado, por exigencia de los principios orgánicos institucionales.

2) *Código de las Siete Partidas* (16).

- Partida 2.^a, Tít. I: "Que fabla de los Emperadores, e de los Reyes, e de los otros grandes Señores", especialmente Leyes 8.^a, 11, 12 y 13.
- Partida 2.^a, T.t. XV: "Que deue ser el Pueblo en guardar al Rey en sus fijos", especialmente Ley 2.^a ("Cómo el fijo mayor ha adelantamiento e mayoría sobre los otros sus hermanos").
- Partida 2.^a, Tít. XXI: "De los Caualleros, e de las cosas que les conuiene fazer".
- Partida 2.^a, Tít. XXVII: "De los Galardones, e de cómo se deuen fazer".
- Partida 4.^a, Tít. II, Ley 7.^a: "Qué fuerça ha el casamiento".
- Partida 4.^a, Tít. VI: "Del parentesco, e de la cuñadía, porque se embargan los casamientos".
- Partida 4.^a, Tít. XIII: "De los fijos legítimos".
- Partida 4.^a, Tít. XV: "De los fijos que non son legítimos".
- Partida 4.^a, Tít. XXIII: "Del estado de los omes".
- Partida 4.^a, Tit. XXV: "De los vasallos".
- Partida 4.^a, Tit. XXVI: "De los feudos".
- Partida 7.^a, Tit. II: "De las trayciones".
- Partida 7.^a, Tit. VI: "De los enfiados".
- Partida 7.^a, Tit. XXI: "De los que fazen pecado de luxuria contra natura".
- Partida 7.^a, Tit. XXVI: "De los Herejes".

III

INNOVACIONES DEL NUEVO REGIMEN LEGAL

El restablecimiento del cuerpo de legislación antes en vigor sobre dignidades nobiliarias, que la Ley de 4 de mayo de 1948 y sus Decretos de aplicación consagran, está limitado por las modificaciones concretas que esta Ley y Decretos introducen sobre esa legislación: artículo 1.^o de la Ley y artículo 1.^o del Decreto de Justicia de 4 de junio de 1948, antes transcritos; igualmente, artículo 1.^o del Decreto de Hacienda de la misma fecha (17).

(16) La sentencia de 27 de marzo de 1860 hace prevalecer el texto de la edición de las Partidas de GREGORIO LÓPEZ sobre el de la edición de la Real Academia de la Historia (1818), aun siendo éste, quizás, filológicamente superior (la base de esta discriminación favorable está en el privilegio dado a GREGORIO LÓPEZ por Carlos V en 1555, que figura en el encabezamiento de la edición: "Y por ser cosa muy importante a nuestro servicio y a la buena determinación de las causas y negocios de nuestros reinos, por la presente queremos y mandamos, que cada y cuando en algún tiempo ocurriere alguna duda sobre la letra de las dichas siete Partidas, que para saber la verdadera letra, se ocurra al dicho libro", privilegio que confiere a la edición carácter de auténtica). Este criterio es seguido en el presente trabajo al hacer las citas y referencias.

(17) "A los fines dispuestos por la Ley de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, se declara de aplicación la tarifa primera contenida en la Ley reguladora del impuesto sobre Grandezas y Tulos, Condecoraciones y Honores, texto refundido de dos de septiembre de mil novecientos veintidós, así como las demás disposiciones y normas complementarias contenidas en la misma en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto."

Indicaremos someramente cuáles son estas innovaciones del nuevo régimen legal y su principal carácter para conocer la trascendencia de la nueva legislación. Un estudio más minucioso, situando estas innovaciones en su lugar sistemático propio dentro del régimen jurídico general en la materia, debe quedar para la exposición que sigue.

En primer lugar, la gracia y prerrogativa tradicionalmente correspondientes al Rey en estas materias se ejercitarán por el Jefe del Estado. Así expresamente lo hace constar el artículo 1.^o de la Ley (18) y, en una más concreta formulación, la disposición final 1.^a del Decreto de Justicia de 4 de junio de 1948 (19). Este es, sin duda, el dato característico más notable de la nueva legislación; se presenta como una consecuencia obligada del restablecimiento del ordenamiento positivo sobre dignidades nobiliarias en el régimen político a la sazón constituido (20).

El reconocimiento legal de los Títulos otorgados por los Monarcas de la rama tradicionalista es otra importante novedad de la Ley (artículo 2.^o de la misma y artículo 2.^o, párrafo 2.^o del Decreto de Justicia). El Preámbulo lo justifica así: "Como lógica consecuencia de

(18) "... ejercitándose por el Jefe del Estado la gracia y prerrogativa a que aquellas [disposiciones cuya vigencia se restablece] se refieren."

(19) "Todas las referencias que en la legislación cuya vigencia se establece se hacen al Rey y la Monarquía se entenderá que se atribuyen y contraen al Jefe del Estado y a la Nación."

(20) El Preámbulo de la Ley no contiene a este respecto una motivación completa y si sólo una alusión al hecho de estar "España constituida en Reino por voto unánime de las Cortes, ratificado por referéndum popular". Esta motivación debe buscarse en el discurso del Sr. GOICOECHEA, presentando el proyecto de la Ley ante las Cortes españolas, en la sesión del día 24 de abril de 1948 (*B. O. de las Cortes Españolas*, núm. 251, págs. 4685 y ss.). Trata este discurso, en su mayor parte, de razonar la negativa de la Comisión de Justicia de las Cortes en estimar una enmienda fundamental, aunque informulada, al proyecto de Ley, enmienda que se reducía a esta afirmación: "No hay posibilidad de aceptar que las prerrogativas de conceder Títulos se desprendan de la realeza; es la realeza quien puede otorgarlos, y, por lo tanto, lo que no hay posibilidad de admitir es que quien no sea el representante de la realeza llegue a conceder cartas de sucesión, rehabilitación o Títulos nuevos." El argumento aducido en el discurso para rechazar esta enmienda es principalmente histórico: "Hay cinco períodos distintos de la historia de España en que de una manera clara, se demuestra que quien ha estado en la cumbre del Poder, no ya como Jefe del Estado, sino siquiera como Presidente de Gobiernos más o menos provisionales, sin necesidad de preceptos de Leyes, ha ejercido de una manera constante la facultad de otorgamiento de Títulos y Grandezas tal como se establece en el artículo 1.^o del proyecto." Son estos períodos, que el discurso examina minuciosamente: guerra de la Independencia (se concedieron Títulos por las Cortes de Cádiz, las Juntas Superiores y la Suprema de Sevilla y por la Regencia del Reino), 1840-1843 (Regencia de Espartero), 1868-1871 (Gobierno provisional y Regencia del Duque de la Torre), 1875 (Presidencia del Poder ejecutivo de la República del Duque de la Torre). La conclusión es: "Que el Jefe del Estado o Presidente del Gobierno provisional, o Regente del Reino, por unánime asenso de la historia entera de España durante el siglo XIX, tiene la facultad, la prerrogativa, de conceder Títulos y Grandezas." En el discurso pronunciado a continuación por el MINISTRO DE JUSTICIA, en la misma sesión de las Cortes españolas (*Boletín* cit. págs. 4689 y ss.), se insiste en el

nuestra Cruzada es justo reconocer también la confirmación de los Títulos llamados Carlistas, como signo de hermandad entre aquellos que derramaron su sangre en defensa del ideal común y de la reconquista de la Patria, otorgados por los Monarcas de la rama tradicionalista" (21).

Se ha definido de modo expreso la facultad del Jefe del Estado para acordar la privación temporal o vitalicia de Grandezas y Títulos a los poseedores que se hayan hecho personalmente indignos de ostentarlos (art. 5.^º de la Ley y 7.^º del Decreto de Justicia). Como más adelante veremos, podía llegarse en el anterior régimen jurídico a soluciones equivalentes: la definición y concreción expresas, así como la consagración de una pura discrecionalidad en la estimación de la indignidad, son, en rigor, las novedades, juntamente con la afirmación general del *ius transmissionis* del indigno, antes no siempre procedente.

Los Títulos otorgados por Reyes españoles en territorios que pertenecieron a la Corona de España se consideran ya definitivamente como españoles a efectos de su rehabilitación y régimen (arts. 3.^º de la Ley y 2.^º, párrafo 1.^º, del Decreto de Justicia); se solventa así, conforme a un criterio inequívoco, la cuestión planteada alrededor de este tema, antes regida según la doctrina—no siempre uniforme al respecto—del Consejo de Estado (22). Particularmente para la rehabilitación de estos Títulos por súbditos hispanoamericanos y filipinos se ha dispuesto un procedimiento especial (art. adicional de la Ley y art. 2.^º, párrafo 3.^º, del Decreto de Justicia).

La supresión del requisito de la real licencia para contraer matrimonio los titulares de dignidades nobiliarias y los advocados a su sucesión (disposición final 2.^a del Decreto de Justicia (23), responde al criterio de la continuada tendencia de nuestra legislación—desde el constitucionalismo—de considerar las dignidades nobiliarias como meros títulos de honor: la necesidad de tal licencia respondía característicamente a la concepción de la nobleza como clase. Igualmente en este sentido, la supresión de la exigencia de determinada renta para ostentar dignidades y Títulos nobiliarios (disposición final 2.^a del Decreto de Justicia).

mismo sentido, aduciéndose además un argumento histórico de alcance más amplio: "Hasta que se inicia el período constitucional son los Reyes los que tienen el derecho de otorgar tales mercedes, como consecuencia del carácter de la soberanía hasta dicha época... Pero al iniciarse el período constitucional... las Constituciones otorgan y confieren el ejercicio de tal prerrogativa al Monarca en cuanto Jefe de Estado."

(21) En el discurso del MINISTRO ante las Cortes españolas se alega, además, este argumento: "Máxime existiendo el precedente del reconocimiento que Felipe V. en virtud del Tratado de Viena de 1725, hizo de los otorgados, como consecuencia de la Guerra de Sucesión, por el Archiduque Carlos" (*Boletín Oficial de las Cortes*, cit., pág. 4691). El Tratado que se cita es el de 18 de julio de 1725, y su artículo 9.^º es el que enuncia el reconocimiento de que se hace mención.

(22) Sobre esta cuestión vid. infra.

(23) Derogación del artículo 14 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912.

Finalmente, las novedades del nuevo régimen legal concluyen con estas reformas de carácter técnico (así como las anteriores pueden considerarse, en general, como innovaciones de criterio político-institucional): rectificación (siguiendo la doctrina del T. S.) parcial del criterio seguido por el anterior régimen jurídico en cuanto a caducidades y prescripción de dignidades nobiliarias (disposición final 2.^a del Decreto de Justicia) (24); flexibilización del régimen fiscal, permitiendo la prórroga, fraccionamiento o condonación total o parcial de los derechos (arts. 6.^o de la Ley y 6.^o del Decreto de Hacienda, y Orden de 18 de diciembre de 1948), y, en fin, reforma de ciertos aspectos del procedimiento administrativo persiguiendo una mayor efectividad práctica y una superior garantía en los derechos de los posibles perjudicados (25). Estas innovaciones que caracterizamos como técnicas obedecen, en general, a necesidades sentidas comúnmente; pero la reforma es, en este aspecto, parcial y tímida, no correlativa a la amplitud y al grado en que los criterios del régimen jurídico restablecido requieren, como vamos a ver a continuación, una rectificación, concreción o aclaración decididas.

A D D E N D A

En prensa este trabajo se ha publicado (*B. O. del Estado* del 15 de febrero de 1949) la "Orden de 4 de febrero de 1949, acordada en Consejo de Ministros, aclaratoria de las normas que regulan el pago sobre (*sic*) el impuesto de Títulos y Grandezas del Reino". Es una aclaración, en ciertos puntos, de la Orden de 18 de diciembre pasado.

(24) Derogación de los artículos 18 y 19 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912.

(25) Ampliación del plazo para formular oposición en los expedientes de rehabilitación de quince días a tres meses (artículo 4.^o del Decreto de Justicia y derogación en la disposición final segunda de este Decreto del apartado séptimo de la Real Orden de 21 de octubre de 1922) y supresión del requisito de publicidad en los *Boletines Oficiales Provinciales*—de efectividad casi nula—(artículo 3.^o del Decreto de Justicia y derogación en su disposición final segunda del párrafo segundo del artículo 6.^o del Real Decreto de 27 de mayo de 1912).

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.¹

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Por Juan HERNANDEZ CANUT.

Labor legislativa de las Cortes

El Pleno de las Cortes españolas, celebrado el 22 de diciembre de 1948, ha realizado una fecundísima labor; aparte de las numerosas disposiciones modificando plantillas de otros tantos Cuerpos, hemos de destacar aquí, por su interés, una serie de Leyes que, con fecha común de 23 de diciembre de 1948, introducen trascendentales modificaciones en la Ordenación jurídica vigente. Entre ellas merece lugar preferente la "Ley sobre reorganización y sueldos de las carreras judicial y fiscal", que comenzando por nuestro más alto Tribunal introduce profundas modificaciones unánimemente sentidas y deseadas no sólo por este digno Cuerpo de la Magistratura con que cuenta nuestra Patria, sino por todos cuantos de una manera o de otra se relacionan con la Administración de Justicia; eleva el número de Magistrados de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo; establece un sistema preciso y riguroso para el nombramiento de Magistrados en dicho Tribunal; reglamenta el siempre espinoso tema de los traslados de los funcionarios judiciales, y abre el paso a la posibilidad de que los Juzgados municipales sean desempeñados por Jueces comarciales seleccionados entre los que ingresen por oposición; dando, por último, satisfacción cumplida a los anhelos de la Magistratura por lo que hace a su remuneración, que se eleva considerablemente en consonancia con la función que desempeña.

La destrucción de los archivos patrimoniales y familiares, con el consiguiente daño para la riqueza documental e histórica de España, reclamaba urgentes medidas para reconstruirlos. A ello tiende la "Ley sobre reconstrucción de la documentación familiar destruida por el saqueo e incendio de los archivos particulares patrimoniales en la Guerra de Liberación". Por ella se concede un plazo de seis meses para solicitarlo del Ministerio de Justicia, mediante instancia que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Título VIII del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil, resolviéndose por Orden ministerial. Acreditados los extremos previstos, los solicitantes gozarán de una serie de exenciones encaminadas a facilitarles aquella reconstrucción.

Merecen también especial mención las Leyes "sobre concesiones de terreno a los coloniales y funcionarios coloniales en los territorios españoles del Golfo de Guinea", reconociendo el hecho evidente de que a la colonización de Guinea concurren todas aquellas personas que por su permanencia en aquellos territo-

1. En esta Sección se publican informaciones sobre los más diversos aspectos del vivir jurídico.

rios acaban inadaptándose para otra vida en la metrópoli; la relativa a "exención de Contribución territorial de aquellas fincas urbanas cuyo líquido imponeble no exceda de veinticinco pesetas, y de la riqueza imponible por rústica y pecuaria que perteneciendo a un propietario no exceda de cincuenta pesetas en un mismo término municipal", cuyo fin, como se declara en el preámbulo, no es otro que la minoración de los cargos tributarios de los contribuyentes menos dotados.

Tres conferencias del Profesor García Gallo

Casi a finales del curso pasado, en la Facultad de Derecho de la Universidad Central, tuvo lugar un cursillo, que bajo el sugestivo título de "La capacidad jurídica de las personas a través de la Historia del Derecho Español", desarrolló el Catedrático Don Alfonso García Gallo.

La materia objeto de estudio era de gran interés, ya que, hasta estos últimos años, las aportaciones de nuestros estudiosos a la Historia del Derecho Privado habían sido poco frecuentes.

El Profesor García Gallo, en estas conferencias, nos adelantó una parte de los trabajos que sobre esta materia prepara. Sus disertaciones se movieron dentro de la línea del verdadero historiador-jurista y lejos de presentarnos la teoría de la capacidad jurídica, en forma estática, de un momento determinado, nos hizo un acabado análisis de su continua y larga evolución a través de nuestra historia.

La primera conferencia la dedicó al planteamiento general de la materia y al examen de la capacidad jurídica y sus requisitos en los períodos de los derechos primitivo y romano.

Al hacer la delimitación del tema, señala que fijará su atención exclusivamente en la persona individual, en el hombre. A continuación expuso la moderna distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y dijo que no tenía aplicación en el largo proceso de la Historia del Derecho, pues aunque hoy día el hombre es siempre sujeto de derechos, no ha sido así en todas las épocas. La denominación en sentido abstracto de "persona", como equivalente a todo ser sujeto de derechos y obligaciones, no aparece hasta el siglo XIX. En tiempos anteriores, el término "persona" se identificaba con el concepto de "hombre", sin referencia alguna a la capacidad del mismo. Pueden distinguirse una serie de tipos diferentes de capacidad y de sus causas modificativas correspondientes a distintos períodos de nuestra historia.

He aquí la razón por la que el Profesor García Gallo, en su exposición, aceptó el método seguido por los antiguos tratadistas de nuestro derecho Privado, no estudiando la capacidad jurídica y la capacidad de obrar ni sus causas modificativas, sino hablando sólo de capacidad y distinguiendo entre unas causas modificativas naturales y otras civiles, constituyendo estas últimas la materia principal de sus lecciones.

Pasó después a exponer la capacidad jurídica en el primer momento de nuestra historia, en el de aquellos pueblos primitivos asentados en la península, en los años anteriores a la conquista por Roma, y señaló sus principales caracteres. La confusión de preceptos religiosos y jurídicos tuvo como consecuencia que en estos pueblos, no fuese sólo el hombre sujeto de derechos y obligaciones, sino a

veces, también, las cosas que le rodean (ríos, árboles, animales, objetos), y aún las mismas divinidades; todos podían ser sujetos de la relación jurídica.

Inmediatamente, refiriéndose exclusivamente al hombre, indica los tres requisitos esenciales para que fuese considerado capaz jurídicamente y son: los de libertad, pertenencia a un grupo humano (*Gens, Tribu etc.*) y ser miembro de una familia; los tres "status" de los que más tarde nos hablarán los romanos.

El período siguiente lo examina desde un punto de vista puramente español, es decir, estudia el elemento romano que llega a la península, influye y se fusiona con el derecho indígena primitivo, todo ello en continua evolución y transformación. Así, después, enumera y estudia los tres "status" (*libertatis, civitatis y familiae*) que se exigían para poseer capacidad, con arreglo al derecho romano; y define la libertad como "facultad de hacer cada uno su voluntad en lo que no está prohibido por la fuerza o el derecho" (Florentino). Y habla, más tarde, de las influencias estoica y cristiana en la transformación del derecho.

Dentro de este período distingue dos fases: Una, en que coexisten en la península los derechos romano e indígenas, y por consiguiente, coexisten las formas de capacidad jurídica correspondientes a cada uno de dichos derechos; la segunda fase se caracteriza por la unificación jurídica por concesión de la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio (Caracalla, año 212). Después, hace relación de otras causas modificativas menos esenciales, en este período, tales como la religión, la condición social, etc.

Y termina la primera conferencia hablando del nombre como una de las "cosas" que caracterizan al individuo.

La segunda disertación versó sobre la capacidad jurídica en los derechos visigodos y de la alta reconquista, y en verdad que superó en interés a la anterior.

En la época visigoda, la capacidad jurídica de las personas presenta algunas modificaciones por influencia: de un lado, de la evolución interna del Derecho Romano, y de otro, por principios germánicos.

Aparecen nuevamente, como sujetos de la relación jurídica, aparte del hombre, los animales y la divinidad (los santos), como lo demuestran ciertas fórmulas visigodas.

Los términos "persona", "homo" se encuentran en las fuentes y son equivalentes a "hombre".

Con las palabras "status" se indica la condición de las personas. A partir de este momento, el Profesor García Gallo dedica sus explicaciones a plantear y resolver, en cada período, el problema de la alteración y evolución que sufren aquellos tres "status" romanos y los otros requisitos. Y así examinado el concepto de libertad y la evolución sufrida por el mismo, dice que aparece en las fuentes de la época, con posibilidad de disponer de la propia persona o de ir a habitar donde se quiera.

Indica, después, que la ciudadanía tenía a atribuirse a todo ser libre, hablándonos a continuación de la situación familiar y de la importancia que adquieren en este período otros factores como la profesión de fe religiosa y la condición social.

Finaliza la primera parte de la conferencia examinando la evolución sufrida por el nombre individual entre los visigodos.

La segunda parte fué, sin duda, la de más difícil exposición y en donde pudimos apreciar la excelente sistemática del citado profesor. Para advertir las dificultades que presentaba, basta recordar que se trata del período en que en los diferentes estados cristianos de la Reconquista aparecen los derechos locales y territoriales, lo que influye en la diversidad de características y requisitos que presenta la capacidad jurídica de las personas. La libertad se entiende como facultad de movimiento, existiendo causas modificativas de la misma, tales como la renuncia por un hombre a la libertad de movimiento, en virtud de un vínculo establecido y en su propio provecho; sin embargo, en este caso no puede considerarse que pasara a condición servil.

La ciudadanía propiamente no existe por la diversidad de razas y pueblos que se asientan en la península con motivo de su repoblación.

También, en determinados momentos, deja de influir en la capacidad el factor religioso por existir personas de diferentes religiones. En cambio, influye notablemente la condición social teniendo la nobleza un régimen jurídico distinto que los villanos.

Acaba hablando de las características del nombre individual en los estados cristianos de la Reconquista.

En la tercera y última conferencia expuso el período que abarca desde la recepción del Derecho Romano (siglo XIII) hasta la actualidad. En este período, los requisitos que antiguamente se exigían para gozar de capacidad subsisten, pero un tanto deformados. Así el concepto de libertad vuelve otra vez a ser el del Derecho Romano y en esta forma pasa a las Partidas, pero este concepto pierde parte de su rigor, existiendo siervos a quienes se permite realizar determinados actos jurídicos.

En la Baja Reconquista, se identifican libertad, capacidad y profesión de fe cristiana. Los moros y judíos, en virtud de disposiciones reales, quedan con una capacidad jurídica restringida; y a los herejes y excomulgados se les declara incapaces.

En la Edad Moderna sólo los cristianos gozan de plena capacidad jurídica. La nacionalidad, la cultura y la condición social son otras tantas causas que modifican la capacidad.

Y para finalizar enlaza esta situación con el siglo XIX. En él se formula, por Savigny, el concepto abstracto de personas, concepto que en España se divulga, ya bien entrado dicho siglo. Se suprime la esclavitud; y la condición social y la profesión de fe cristiana dejan de ser causas modificativas de la capacidad.

He aquí reflejado esquemáticamente el largo proceso que sigue la capacidad jurídica de las personas en el Derecho español. Es de alabar en el Profesor García Gallo la sistemática y claridad expositiva de sus disertaciones, que nos ha permitido seguir fácilmente la evolución histórica de esta institución.

Reunión de Historiadores del Derecho

Del 9 al 15 de diciembre se ha celebrado en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos una reunión convocada por el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO. Junto a los profesores e investigadores de esta disciplina, tomaron parte en las sesiones otros de las facultades de Historia y Derecho y destacadas personalidades de la vida profesional. Conforme a lo establecido en el programa, la reunión realizó dos tareas: la exposición y discusión de comunicaciones concretas, aportadas por los reunidos, y el desarrollo de un temario que comprendía los aspectos y problemas generales de la Historia del Derecho, como ciencia y como enseñanza universitaria. A la primera pueden asimilarse las dos conferencias públicas pronunciadas por el Sr. Obispo de Tuy, Fray José López Ortiz y por don Alfonso García Gallo.

Una verdadera conferencia, si bien expuesta en el curso de una de las sesiones, resultó la comunicación de D. Galo Sánchez, sobre "El maestro Jacobo y la redacción de la tercera Partida". El catedrático de la Universidad de Madrid expuso las pruebas concluyentes de que aquél es el autor de esa parte del Código de Alfonso el Sabio, mostrando que en su producción literaria la tercera Partida forma serie como obra de madurez, con las Flores del Derecho, obra de juventud, y con el Doctrinal de pleitos, obra de la vejez del maestro Jacobo. A partir de este punto, agregó otras sugerencias sobre la forma de redactarse el Código, acaso por una comisión de juristas, cada uno de los cuales tomaría a su cargo una de las Partidas, lo que explicaría las antinomias que entre las mismas pueden advertirse. Terminó indicando la necesidad de reunir las investigaciones particulares realizadas por Riaza, Maldonado y otros, sobre la necesidad de esta fuente, y de ahondar en su estudio. La comunicación despertó mucho interés, suscitando otras intervenciones y siendo unánimemente acogida la propuesta formulada por el Profesor García Gallo de que en el próximo año se forme, bajo la dirección de D. Galo Sánchez, un seminario en el Instituto, dedicado a estudios sobre el tema.

Bajo la cordial e inteligente dirección de D. Ramón Prieto Bances se celebraron las sesiones destinadas a la exposición de las restantes comunicaciones. He aquí una reseña de las mismas, breve, ya que el presentarse redactadas en su mayor parte hace posible que en una u otra publicación vean la luz en corto plazo. Vladimiro Vince extrajo algunas conclusiones de su próximo libro sobre "Instituciones comunitarias familiares en Croacia y en España". Alain Vieillard-Barón presentó los "Informes emitidos con ocasión del establecimiento de Intendentes en Nueva España". Joaquín Cerdá, el avance de su edición de "La Margarita de los Pleitos" y "El adelantado de Murcia y el concejo de la ciudad en el siglo xv." Ismael Sánchez Bella, en torno a "Fuentes del Derecho Indiano", indicó la labor realizada en su edición, las lagunas que en ésta existen y los procedimientos más adecuados para completarla. Guillermo Céspedes del Castillo expuso un fino estudio sobre los "Seguros marítimos de la Carrera de Indias". Sáinz de Baranda, algunas observaciones históricas sobre "Derecho sucesorio aragonés". El reseñante presentó "El con-

trato de servicios en el Derecho medieval español" y "El Ordenamiento de Villa Real, 1346". Con motivo de estos trabajos, destacaron las intervenciones de los profesores Prieto Bances, García Gallo, Orlandis y Maldonado.

La conferencia de Fray José López Ortiz sobre "La investigación del Derecho musulmán y la Historia Jurídica española" tuvo varios atractivos. Primero, uno personal, por darle el carácter de despedida a unos estudios, a los que dedicó muchos años de su vida y de los que le apartan definitivamente los deberes de su digno cargo. La historia de su formación de arabista y de sus pasos en la especialidad jurídica, llena de dificultades, fué descrita con una gran modestia; debe tenerse en cuenta, al valorar esta actitud que junto al aprendizaje, los tanteos y los ensayos, se da en él la publicación de obras como "La recepción de la escuela malequí en España", un manual de Derecho musulmán y hasta diez estudios más que constituyen por hoy la aportación más valiosa del arabismo jurídico español. El tema de su conferencia no fué una monografía más, sino una serie de vivaces observaciones sobre problemas generales, surgidas de un profundo saber y de una larga experiencia. Este "retirarse en plenas facultades"—hay que esperar que no falte ocasión en que Fray José López Ortiz vuelva a hablar de Derecho musulmán, y su conferencia dejó la fundamental impresión de que es necesario—le ha permitido una visión de conjunto inestimable. Para la investigación histórico-jurídica española, señaló la posibilidad de una influencia, a pesar del hermetismo cultural islámico, aconsejando la atención al Derecho consuetudinario de los musulmanes españoles, reflejado en los formularios notariales, y que cristaliza en el "uso de Toledo", de Córdoba o Granada, profusamente alegado aún hoy por los alfaquíes de Marruecos. El Derecho bereber es señalado como el lugar más interesante al que deberá dirigirse el investigador.

La conferencia de D. Alfonso García Gallo puede colocarse en la serie de estudios renovadores de la Historia del Derecho indiano, que desde la obtención de esta cátedra en Madrid viene compartiendo con los cursos universitarios la mayor parte de su actividad, sin desatender del todo, pero, por desgracia, retrasado su labor sobre el conjunto de la Historia del Derecho que constituye hoy la mayor esperanza—en buena parte realidad gracias al Tratado y al Manual de Fuentes y Derecho público—de los profesores y estudiosos de nuestra disciplina. Ha llevado el Profesor García Gallo al campo del indianismo la preocupación y los métodos de la medievística, consiguiendo una marca para la Escuela de Hinojosa. El tema desarrollado fué "Los oficios de gobernación y justicia en el Derecho indiano en el siglo XVI", época en que se forma el cuadro típico y el esquema más tarde sometido a ciertas transformaciones y deformaciones. La provincia es la base inicial del sistema: el oficio de su gobernación tiene normalmente su titular propio. La Audiencia ejerce el oficio de justicia, pero en algunos casos se le atribuye el de gobernación, como en otros a los virreyes o capitanes generales. Examina los aspectos funcional—gobierno, justicia, hacienda y guerra—y orgánico—virrey, gobernador, audiencia, capitán general—con un penetrante análisis jurídico sobre una realidad que a veces se presenta extremadamente confusa por las diversas delegaciones y la acumulación de oficios en una misma persona. Y concluye describiendo la aplicación y vicisitudes de este régimen en cada provincia.

El desarrollo del temario sometido a la discusión general, a base de ponencias designadas en la primera sesión, estuvo lleno de interés, siendo notables las intervenciones de los ajenos a la especialidad. Sobre el tema de los problemas metodológicos del Derecho español en las edades Antigua y Media, disertó el Profesor García Gallo, destacando el interés del Derecho romano vulgar y proponiendo para su estudio el método histórico cultural, así como el determinar el criterio de selección que preside la formación del Breviario de Alarico. Respecto a la Edad Media, advierte el peligro de suponer que las disposiciones de ésta, que establecen determinados requisitos a los actos jurídicos, se encaminan siempre a establecer un régimen de mayor libertad o garantía de derechos, indicando que un automatismo análogo ha sido rechazado en otros campos, como la Etnología.

Sobre el tema del Derecho en la Edad Moderna y Contemporánea el Profesor de Santiago, P. Suárez expuso la necesidad que tiene el historiador político de un conocimiento exacto del régimen jurídico vigente al tiempo de los acontecimientos que le interesan. El Profesor Manzano aludió al interés de entroncar el estudio del Derecho indiano con el castellano de la Baja Edad Media. El Doctor Sánchez Bella se refirió al problema de la edición y manejo de fuentes. El Profesor Maldonado, a la posibilidad de formar un catálogo de literatura jurídica española, con motivo de lo cual varios asistentes indicaron la colaboración que podía prestarse desde diferentes centros y universidades.

Para la sistemática de la Historia del Derecho privado penal y procesal, la ponencia fué dividida entre los Profesores Maldonado y Orlandis. El primero expuso los problemas de la exposición de conjunto, con una combinación de método histórico y jurídico a base de una primera división en amplias instituciones, para dentro de ellas examinar el desenvolvimiento histórico, indicando con ejemplos concretos que la realidad misma aconseja diversamente en el detalle de esta distribución. Fué bien acogida la viva intervención del Profesor Guasp, puesto en el lado de la dogmática, acerca de la conceptuación jurídica en la Historia del Derecho. Sobre el Penal, el Profesor Orlandis señaló la conveniencia de atenerse a grandes períodos presididos por una misma concepción central. El Magistrado Sr. Castejón intervino para destacar la prevalencia del criterio político en el desarrollo de los sistemas penales. El Sr. Obispo de Tuy puntualizó que, junto a los criterios de utilidad en la represión del delito el de su estimación moral no debía olvidarse al ordenar el conocimiento histórico.

Sobre la aplicación del método comparado, el Profesor Beneyto expuso de una manera objetiva el modo como había venido a implicarse en la labor histórico-gráfica y su utilización actual, señalando su interés para la tipificación de las instituciones. El reseñante indicó la posibilidad de eliminar parte del comparativismo, sustituyendo las delimitaciones nacionales por la discriminación de tradiciones, y buscando en las comunes las semejanzas que se atribuyen a la influencia mutua o a influencia del medio. El Profesor García Gallo precisó el discreto uso metodológico del comparativismo en la obra de Hinojosa. El Sr. Viguera, en contacto con la vida profesional del Derecho islámico, expuso las perspectivas de la comparación en ese ámbito para la historia del Derecho hispano-musulmán. Llena de interés estuvo la intervención del

Doctor Lois sobre la existencia de ciertas leyes de desenvolvimiento histórico-jurídico. El Profesor Rubio sostuvo la pureza del método histórico en la línea de Windelband y Rickert.

El tema de la enseñanza universitaria fué base para tratar de la extensión de la Historia del Derecho a las Facultades de Letras, interviniendo principalmente el Profesor García Gallo y el Doctor Sáez. En torno a la ponencia del Profesor De la Concha, los profesores expusieron sus experiencias sobre el vigente plan de estudios.

El Sr. Obispo de Tuy ofició en la Iglesia de San Manuel y San Benito una misa por las almas de los profesores fallecidos.

El acto solemne de la reunión fué su clausura, con la asistencia del Presidente del Tribunal Supremo, Profesor Castán y de otras personalidades. Don Alfonso García Gallo, Secretario general del Instituto, resumió la labor realizada, agradeciendo a cuantos en ella han intervenido y de modo especial a los dedicados a otras disciplinas y a las diferentes profesiones del Derecho, resaltando el significado de su participación en las tareas de la Reunión de Historiadores. Esta ha tenido por fin principal unas horas de trabajo en común, un contacto entre los investigadores y un intercambio de puntos de vista. Su ámbito casi exclusivamente nacional hace deseable una reunión más amplia, para la cual la presente habrá sido una adecuada preparación.

No debemos olvidar aquí el afectuoso recuerdo que, dedicado en la reunión preparatoria por el Profesor García Gallo, fué por todos compartido, hacia don Claudio Sánchez Albornoz, impulsador principal del ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, a quien tanto deben nuestros estudios y que en la Argentina prosigue una gran labor científica y española.

Rafael GIBERT

B) EXTRANJERAS

El Registro de la Propiedad en Méjico

Los Oficios de Hipotecas creados por la Real Cédula de 9 de mayo de 1778 y reglamentados imperfectamente por la Pragmática de 6 de abril de 1783 e Instrucciones de la Audiencia de Méjico de 23 de marzo de 1786, así como por el Decreto de las Cortes de 20 de mayo de 1821, tenían por objeto la inscripción de hipotecas, censos, vinculaciones y otros gravámenes sobre casas, solares y heredades. El Código civil en 1870 prevenía en su art. 3.324 la creación de un Oficio denominado "Registro Público en todas las localidades donde hubiere un Tribunal de Primera Instancia"; y, en cumplimiento de esta norma se dicta el Decreto Presidencial de 28 de febrero de 1871 estableciendo oficinas inmobiliarias en la Capital mejicana, en Tlalpan y en el Territorio de la Baja California. Este Decreto subsiste como primera reglamentación hipotecaria del país hermano hasta 8 de agosto de 1921 que concentra en la Ciudad de Méjico la Institución registral, con jurisdicción en todo el Distrito federal. El

Reglamento en vigor es de 21 de junio de 1940 y se inspira en el mismo criterio de concentración jurisdiccional.

El Registro Público de la Propiedad está servido por un Director, Registradores, Jefes de Sección, Controladores y Oficiales.

El Director de la oficina deberá ser Abogado con cinco años, por lo menos, de ejercicio en la profesión, en el notariado o en la judicatura, no condenado en causa criminal y de reconocida probidad. En él recae finalmente la función calificadora de los títulos que han sido ya estudiados por los Registradores, extiende las certificaciones de propiedad y gravámenes y vigila todo el procedimiento registral.

Los Registradores son seleccionados también entre Abogados, por concurso, y tienen carácter inamovible. Sus funciones son las de primer auxiliar del Director de la oficina a quien sustituyen reglamentariamente; califican los títulos presentados, aun cuando la decisión final sobre la inscripción o denegación compete al citado Director. Prácticamente, ellos deciden también sobre este punto.

Para ser Jefe de Sección o Controlador no se requiere título profesional de Abogado y sí sólo conocimientos prácticos adquiridos en el desempeño de las labores del Registro durante un período no menor de cinco años para los primeros ni de tres para los segundos.

Tienen a su cargo únicamente la práctica de buscas, confrontación de datos y preparación de los informes necesarios para la emisión de certificados de propiedad o de gravámenes.

Los Controladores carecen de una función específica, pero en la práctica tienen a su cargo la confrontación de los datos que aparecen en el título con los antecedentes del predio que obren en los libros; redactan las notas marginales de referencia a otras inscripciones, cuando hayan sido ordenadas por el Director o los Registradores, cuidando especialmente del trato que encadena todos los asientos.

Hay además funcionarios administrativos que tienen a su cuidado la ordenación y archivo de documentos, facilitan informes a los interesados y al público, redactan materialmente las inscripciones y certificaciones y realizan cuantas labores auxiliares les sean encargadas.

Los funcionarios encargados del Registro responden civil y criminalmente de los perjuicios que por su negligencia o mala fe ocasionen a los particulares, pero, según el artículo 1.928 del Código civil, el Estado tiene obligación de responder también de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas.

Las modernas doctrinas hipotecarias de Méjico señalan la conveniencia de instaurar un Fondo de Seguro análogo al típico del sistema australiano, la necesidad de que el Director de la oficina y los Registradores constituyan un Cuerpo de especialistas seleccionados a través del sistema de oposición rigurosa e insisten en el carácter jurisdiccional del procedimiento hipotecario, que se desenvuelve con normas sustantivas y adjetivas comunes a todos los Tribunales del país.

El Instituto de Derecho comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México

Es creación de la Universidad Nacional Autónoma de México, siendo Rector de la misma el Dr. Gustavo Baz, y su inauguración formal data del 7 de mayo de 1940 en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, dirigida por el Lic. Manuel Gual Vidal. El 2 de septiembre de 1940, sancionada por el Dr. Baz, como Rector de la Universidad Nacional y por el Lic. Manuel Gual Vidal, se expidió su Reglamento Orgánico, con arreglo al cual han venido desarrollándose las actividades del Instituto.

Finalidad

Todos los objetivos fundamentales de cualquier centro de estudios de Derecho comparado, han sido recogidos y desarrollados por este Instituto, entre ellos, los siguientes:

- a) Usar del conocimiento del Derecho extranjero para el desarrollo del Derecho nacional, tanto en la reforma de su legislación como en el progreso de su jurisprudencia.
- b) Reunir el material jurídico necesario para la determinación de la Ley aplicable en caso de conflicto internacional de leyes.
- c) Investigar comparativamente los diversos sistemas jurídicos vigentes, con vista a preparar eventuales formas positivas de unificación interna e internacional.
- d) Establecer relaciones con otras instituciones de su género o naturaleza análoga.
- e) Reunir y clasificar las materias necesarias al desarrollo de sus trabajos, especialmente la documentación legislativa, nacional y extranjera; índices y repertorios de jurisprudencia, publicaciones legislativas oficiales y, en general, cuantos elementos se requieran para el estudio del Derecho comparado.
- f) Formar una biblioteca especializada, con una amplia sección de publicaciones (revistas, boletines, etc.), debidamente ordenada y clasificada.
- g) Organizar, concurrir y colaborar en Congresos, Conferencias y Reuniones internacionales, relativos a temas jurídicos de su incumbencia.
- h) Publicar toda clase de obras y trabajos relacionados con los estudios llevados a cabo en su seno o que, por su importancia internacional, merezcan su difusión.

Organización y régimen del Instituto

El Director del Instituto es la autoridad superior del mismo en el orden técnico, económico y administrativo. Se auxiliará en todas sus funciones por un Secretario, que se considerará jefe del personal administrativo y suplirá al Director en sus ausencias temporales.

El Colegio de Investigaciones es un cuerpo consultivo, formado por los investigadores del Instituto y presidido por el Director.

El personal técnico del Instituto está constituido por los investigadores, cuyo número varía según las necesidades y planes de trabajo.

En relación con la Secretaría del Instituto actúan el bibliotecario, los oficiales administrativos y todos los servicios administrativos y manuales de la Institución.

Libros publicados

I. Traducción de la obra del Profesor Mario Sarfatti, "Introducción al Estudio del Derecho comparado".

II. "Código mexicano de Seguridad social", en el que se recogen todas las disposiciones vigentes en la materia.

III. "Ensayo bibliográfico del Derecho Constitucional mexicano y de Garantías y Amparo".

Obras en curso

1. "Antecedentes, anotaciones y concordancias del C. c. de 1828, para el Distrito y Territorios Federales, con los demás Códigos y Legislación Civil de la República".

2. "Estudio comparativo de las Constituciones políticas de los Estados de la República mexicana".

3. "La separación de bienes en la quiebra, en el Derecho mexicano y en el comparado", en preparación por el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez.

4. "Estudio comparativo de los Códigos procesales mexicanos", encargado al Dr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

Boletín del Instituto

Como órgano exclusivo del Instituto aparecerá cuatrimestralmente y con él se espera contribuir al intercambio de informes e ideas con los organismos e instituciones similares de todos los países.

Constará de tres secciones permanentes: Doctrina, Legislación (nacional y extranjera) y Jurisprudencia; además procurará dar en cada número una información de las actividades desarrolladas por el Instituto de Derecho comparado de México y de los demás institutos de Derecho comparado y entidades jurídicas relacionadas con esta actividad. Otra sección comprenderá las reseñas bibliográficas y extractos de revistas jurídicas.

Congresos y Conferencias internacionales

El Instituto ha concurrido a las siguientes Conferencias y Reuniones Internacionales:

1. Tercera Reunión de Estados del Caribe.
2. Conferencia de Washington, de la Federación Interamericana de Abogados.
3. Tercera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados.
4. Segunda Conferencia General de la U. N. E. S. C. O.

Integración actual del Instituto

Director, Lic. Agustín García López. Director Auxiliar, Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Secretario, Lic. Javier Elola Fernández. Investigadores: Licenciado Gabriel García Rojas; Lic. Francisco H. Ruiz; Lic. Jorge Vallejo Arizmendi; Dr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo; Lic. Antonio Aguilar Gutiérrez; Lic. Jorge Barrera Graf; Lic. Angel Martín Pérez, y Lic. Eugenio Tena Ruiz.

E. VERDERA Y TUCELLS

El Instituto argentino de Derecho comercial

Su Consejo directivo está constituido de la siguiente forma: Presidente, Víctor L. Cinollo Vernengo; Vicepresidente primero, Carlos Jorge Varangot; Vicepresidente segundo, José Barrau; Secretario, Roberto Vitale, Ricardo Willians; Tesorero, Santiago Pradel; Protesorero, Alberto Saba; Vocales: José Amuchastegui Kenn, Fernando Cermesoni, Esteban Canale Demaría, Manuel M. Martín Morales, Guillermo Mansilla Amuchastegui, Dionisio Petriella y Aníbal Pereira Torres.

Sus actividades persiguen una reforma integral del Código de comercio corrigiendo su redacción, mejorando algunos artículos e instituciones, incluyendo diversas leyes de índole mercantil que aún no se han incorporado al Código, etc.

Con el mismo fin ha proyectado un ciclo de conferencias a cargo de los miembros del Instituto, así como también elevar al P. E. el proyecto de reformas parciales elaborado por el miembro titular Dr. Ricardo Willians sobre modificaciones al libro IV del Código.

Intervino en la organización del Primer Congreso Americano de Derecho comercial, dividiéndose la Comisión designada para ello en tres Subcomisiones, presididas por los miembros Drs. Domingo Calarco, Raúl Rodríguez Quesada y Fernando Cermesoni.

Publica la *Revista de Derecho comercial*, como órgano del Instituto, y de cuyo número correspondiente a enero-marzo de 1947, único que ha llegado hasta nosotros, dimos cuenta en nuestra Sección de Bibliografía.

E. VERDERA Y TUCELLS

La Ley uniforme de compraventa de cosas muebles

El Consejo directivo del Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado aprobó en su duodécima sesión un proyecto de Ley uniforme sobre la venta internacional de cosas muebles corporales, cuya elaboración se inicia con el nombramiento, en 29 de abril de 1930, de un Comité para su preparación, integrado por Sir Cecil J. B. Hurst, A. Bagge, H. Capitant, M. Fehr, H. C. Gutteridge, J. Hamel y E. Rabel. Este Comité se reunió once veces desde 1930 a 1934, y sometió al referido Consejo su anteproyecto, acompañado de dos

anexos: 1) Sobre el pacto de reserva de dominio; y 2) Sobre los documentos de crédito denominados en la técnica anglosajona "Letters of trust".

En 1935 el anteproyecto de venta de cosas muebles fué comunicado a los distintos Gobiernos, revisándose de nuevo en 1937 y en 1938. La edición definitiva del que ya pasa a ser proyecto fué aprobada, como decimos, por el Consejo directivo del Instituto en sesión de 12 de mayo de 1939.

Se declara en el mismo que sólo hace referencia a la venta de objetos muebles corporales y, por asimilación, a la de entrega de objetos también muebles para su elaboración o transformación. No es aplicable, en cambio, a las transmisiones de valores mobiliarios, efectos de comercio, moneda, navíos y aeronaves. La Ley que se propone será aplicable por igual cuando las dos partes, una de ellas o ninguna sean comerciantes, con tal que residan en distinto país. La nacionalidad de las partes no es tomada en consideración. La aplicación de la Ley internacional proyectada excluye la de las leyes nacionales de los contratantes y, a falta de normas expresas, los Tribunales fallarán por analogía con los principios que inspira aquélla. Las partes pueden excluir totalmente la aplicación de la Ley uniforme a condición de determinar expresamente la legislación nacional que será aplicable al contrato que estipulan. Se entiende por ley nacional el Derecho del país correspondiente según los principios del Derecho internacional privado.

El contrato de compra-venta regulado en la Ley uniforme puede ser probado simplemente por las declaraciones de testigos. No exige forma especial.

El vendedor se obliga a efectuar la entrega de la cosa al comprador y, con ella, la de todos sus accesorios. Se entiende hecha la entrega cuando el vendedor ha cumplido todas las obligaciones que le incumbían a fin de que el objeto fuese remitido al comprador o a otra persona que le represente.

La determinación de cuáles sean esas obligaciones depende de la naturaleza del contrato.

Si el lugar de entrega no resulta de la voluntad expresa o tácita de las partes o de los usos de comercio, el vendedor debe entregar la cosa en el que era su establecimiento en el momento de perfeccionarse el contrato, y, a falta de establecimiento, en su residencia habitual. Si la venta se refiere a un cuerpo cierto, cuya situación era conocida de las partes a la conclusión del contrato, el vendedor debe hacer la entrega en aquel lugar. En caso de duda sobre si ésta ha de tener lugar en el de expedición o en el de destino, se presume que las partes prefieren el primero.

Cuando la fecha de entrega de la cosa vendida haya sido fijada en el contrato el vendedor debe atenerse exactamente a ella. No habiéndose fijado, la entrega se verificará en un plazo razonable desde la conclusión del contrato, teniendo en cuenta la naturaleza del objeto y sus circunstancias. La falta de entrega de la cosa da derecho al comprador para exigirla o para resolver el contrato, por simple declaración unilateral, con indemnización de perjuicios.

El vendedor garantiza al comprador contra los vicios del objeto del contrato. Esta garantía funciona cuando la cosa no posee las cualidades necesarias para su uso o utilización comercial, cuando no posee las específicas para el destino pactado en el contrato; pero la simple ausencia de alguna circunstancia particular no importante no da lugar a responsabilidad. El vendedor no está

obligado a las anteriores garantías si prueba que los vicios de la cosa eran conocidos del comprador en el momento de la conclusión del contrato. El perjudicado por ellos puede, en las situaciones normales, optar por la resolución con indemnización, exigir una reducción del precio o demandar simplemente la reparación del daño. Alternativamente, el comprador puede también solicitar la entrega de nuevas cosas de la calidad prevista, si eran genéricas, u obligar al vendedor a corregir los vicios dentro de un plazo razonable.

El vendedor está obligado a realizar los actos necesarios para transferir al comprador la propiedad y la posesión de la cosa en la forma prevista por la legislación nacional competente. Asimismo está obligado a transportar las cosas bajo contrato de seguro hasta el lugar de destino, si así se pactó o resulta de los usos mercantiles.

La obligación de pagar el precio comprende la de aceptar letras de cambio y la de prestar fianza en garantía del mismo. El importe de los derechos de Aduanas incumbe, salvo pacto contrario, al vendedor. El pago del precio debe verificarse, a falta de pacto, en el domicilio de éste y en la fecha convenida o en la que resulte de los usos mercantiles. La falta de pago del precio da derecho al vendedor para optar entre exigir su satisfacción o resolver el contrato con indemnización de perjuicios.

Cuando una parte no ha ejecutado algunas de las obligaciones que le incumben, sólo será responsable si la inejecución se fundó en obstáculo imputable a su voluntad. Los gastos de entrega son de cargo del vendedor, y los posteriores a ellos de cuenta del comprador. El primero tiene derecho a ser indemnizado por el segundo de los efectuados para la conservación de la cosa.

Los riesgos incumben al comprador desde el momento de la entrega, quien viene obligado a pagar el precio no obstante la pérdida, deterioro o disminución del valor de la cosa sobrevenidas después de aquél momento.

Si la cosa fué vendida F. O. B., C. F. o C. I. F., la entrega se entiende verificada desde el momento en que la cosa es puesta a bordo, incluso en el caso de que, según el contrato, el transporte deba comenzar por vía terrestre.

A. G. R.

Modificación de la Ley canadiense del Notariado

La Ley de 6 de febrero de 1948 modifica el artículo 83 de la Orgánica del Notariado en el sentido de que la cesión y transmisión del oficio público correspondiente necesite tan sólo la autorización de la Cámara Notarial del régimen.

Ello implica la novedad de suprimir la antes también necesaria aprobación por parte del Gobernador y de su Consejo.

En consecuencia, son también modificados los artículos 84, 85, 88 y 93 de la citada Ley Orgánica, y el artículo 90 queda redactado del modo siguiente:

"Toda cesión o transmisión del oficio notarial no se entenderá hecha más que por un período de cincuenta años, a contar del Decreto de la Cámara de

Notarios acordando la cesión o la transmisión. Sin embargo, la Cámara Notarial puede prolongar este período con tal que el período de prórroga no exceda de otros cincuenta años."

A. G. R.

Los servicios portugueses de Registros y Notariado

El Decreto-Ley de 22 de diciembre de 1945 crea en el Ministerio de Justicia la Dirección General de Registros y Notariado, que centraliza las facultades que en la materia estaban antes atribuidas al Consejo Judicial Superior, a la Fiscalía General de la República y a la misma Dirección de Justicia.

Se señala como competencia del Ministerio de Justicia la de orientar los servicios, resolviendo las dudas que suscite la aplicación de las leyes y reglamentos registrales y notariales, crear o suprimir Registros y Notarías y delimitar la respectiva competencia.

La Dirección ejecuta las decisiones ministeriales, estudia los problemas de organización, esclarece dudas, lleva las cuestiones de personal, coordina los servicios del Registro civil, que también depende de ella, al igual que el mercantil y el de la propiedad automóvil, publica las estadísticas de los servicios que le están atribuidos y las ediciones oficiales de los textos legales correspondientes, dicta circulares e instrucciones sobre las materias de su competencia, fomenta la investigación científica sobre los temas registrales o notariales y ejerce los servicios de inspección y disciplina.

El personal del centro está constituido por el Director general, un Inspector Jefe, dos Jefes de repartición, siete Inspectores, cuatro Oficiales primeros, seis segundos, diez terceros y los auxiliares correspondientes. El Director y los Jefes de reparto son nombrados libremente por el Ministerio de Justicia; los Inspectores habrán de ser conservadores o notarios en régimen de comisión de servicio, y el resto del personal se recluta entre los cuadros administrativos de Justicia.

Como órgano consultivo funciona en la Dirección un Consejo Técnico de los servicios registrales y notariales, presidido por el Director o un Inspector Jefe, y dividido en secciones de Registro predial, civil y del notariado.

La inspección de los servicios clasifica a los funcionarios registrales y notariales de muy bueno, bueno, regular, mediano y malo en función de sus méritos o deméritos.

A. G. R.

Las jornadas de Derecho Franco-Latino-Americanas

La Sociedad de Legislación Comparada ha organizado, con el concurso del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París y de la Asociación Henri Capitant, las Jornadas de Derecho Franco-Latino-Americanas, que se han celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París del 13 al 16 de abril de 1948. Esta Sociedad, creada felizmente en el año 1869, cuenta

con casi un siglo de existencia y su labor ha sido destacadísima en el campo del Derecho.

La finalidad fundamental de estas jornadas era restablecer el contacto entre los juristas, suspendido a causa de la última conflagración bélica.

Para su organización se constituyeron dos Comités: el de Honor, que agrupaba en su seno personalidades relevantes, y el Comité de organización, compuesto de elementos activos en la vida jurídica.

Bajo la presidencia del Rector de la Universidad de París, comienzan estas jornadas el 13 de abril de 1948. Sus sesiones se consagraron al estudio de los siguientes temas:

El Estatuto jurídico y fiscal de las Sociedades anónimas.

La intervención del Estado en las Empresas privadas.

La experiencia del Código de Bustamante y de los Tratados de Montevideo.

El puesto de las medidas de seguridad dentro del Derecho penal positivo moderno.

La organización de los estudios del Derecho comparado.

En esta última ponencia se acordó intensificar los estudios de Derecho comparado, pero dentro de un espíritu y métodos internacionales, estableciéndose, entre los diferentes Institutos y Centros nacionales de Derecho comparado, un vínculo permanente de coordinación, a fin de lograr uniformidad en la investigación y una mayor regularidad en los cambios de materiales y del personal científico.

J. H. C.

II. DICTAMENES

Dictamen sobre la admisibilidad procesal de la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar (*)

I

ANTECEDENTES

I. Ante el Juzgado de primera instancia competente compareció debidamente representado don J. S. L., interponiendo una demanda en la que se ejercitaban las acciones posesorias de interdicto de retener o recobrar contra don P. M. H., a quien se atribuía la comisión de actos ostensibles de perturbación o despojo respecto al quieto y pacífico disfrute de un derecho de servidumbre de acueducto que correspondía al demandante como copartícipe en la propiedad de una acequia.

La demanda se fundaba sustancialmente en los siguientes hechos: El actor era copropietario, en concurrencia con otras cinco personas, entre las que se encontraba el demandado, de una acequia para conducción de aguas de dominio particular con destino al riego de tierras de sus respectivas propiedades. Para la distribución del caudal de aguas existía un antiguo partidor o cantonera, que, por exigencia de la Autoridad administrativa, hubo de ser deshecho y reconstruido en otro lugar. El copartícipe demandado, no obstante haber abierto su correspondiente boca o toma de agua en la nueva cantonera, a cuya construcción dió su entera conformidad, no tapó definitivamente la toma de agua de la anterior, adjudicándose así unos derechos que ni por ley ni por pacto se le habían reconocido, y contestando, al serle formulado requerimiento notarial, que taparía la boca de la nueva cantonera por caer encima de la bomba de su estanque, afirmación inexacta de hecho. Por otra parte, el demandado, para el riego de una cadena de cultivo que lindaba por todo su ancho con la acequia y no obstante tener, como así lo reconocía, una boca de riego en la cabeza de la cadena, además de poder utilizar otra toma de agua en común con los restantes copartícipes, inició y estaba a punto de terminar unas obras para la apertura de otra boca de riego más, dificultando así el servicio y utilización de la acequia, independientemente del abuso de hecho que implicaban tales actos de verdadero despojo, sin consentimiento ni aprobación tácita de los demás comuneros, al servirse con exceso de un derecho de servidumbre ostentado y disfrutado dentro de un régimen de titularidad común. Finalmente, el demandado se

(*) Facilitado por el despacho de nuestro colaborador D. Jaime Guasp Degado.

había apropiado indebidamente de toda la margen izquierda de la acequia, que le servía a ésta de desahogo, dejándola reducida en su ancho sólo a un resguardo de mampostería con un fin de lucro evidente, pues trataba de convertir en terreno cultivable el correspondiente par de metros de terraplén. Aproximadamente dos meses antes de la presentación del interdicto, el demandado, valiéndose de una brigada de obreros a sus órdenes, comenzó las obras de apertura de nueva boca en la acequia y el desmonte y arrasamiento de la margen de la misma.

Como fundamentos legales de la demanda se invocaban el artículo 446 del Código civil, que reconoce a todo poseedor el derecho a que se le ampare en su posesión; el artículo 642 del citado cuerpo legal, en concordancia con los artículos 92 a 99 de la vigente Ley de Aguas, como norma general en materia de servidumbre y en relación con las obligaciones y restricciones del derecho de propiedad sobre los predios sirvientes; el artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que establece el procedimiento para el amparo o restitución de la posesión inquietada o perturbada y el artículo 63, regla 15, de la misma Ley procesal civil en cuanto a la competencia del Juzgado.

En atención a estos fundamentos el suplico de la demanda decía sustancialmente que habiendo por presentada en tiempo y forma la *demandas de interdicto de retener o de recobrar alternativamente* se sirviera el Juzgado declarar que, habiendo lugar al *interdicto de retener o de recobrar según el criterio del Juez* ("V. S."), se mandara restituir en el regular y pacífico disfrute de la servidumbre de acueducto al demandante, condenando al demandado a tapar la toma de aguas de su estanque en la primitiva cantonera, a deshacer la toma de aguas que acababa de abrir en la margen izquierda de la acequia para el riego de su cadena de cultivos y a reponer la citada margen izquierda en la anchura que antes tenía para el desahogo del acueducto y en las debidas condiciones de seguridad para el buen servicio de su vigilancia, limpieza y conservación, solicitándose, asimismo, el pago de las costas procesales del juicio y la indemnización de daños y perjuicios si los hubiere.

2. No obra en poder del informante (ni es necesario tampoco para la estricta solución del problema suscitado) el detalle de la ulterior tramitación del proceso interdictal. Si consta, empero, en los antecedentes, que el demandado atacó el planteamiento alternativo de la demanda invocando, en el tercer fundamento de derecho de su contestación, la excepción contenida en el número 6 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es decir la excepción de *defecto legal en el modo de proponer la demanda*, que fué recogida y aceptada en el fallo del Juez.

En efecto, la sentencia dictada en el interdicto afirmó que, por lo que afectaba a la excepción que se oponía en el fundamento de derecho tercero de la contestación a la demanda, esto es, la contenida en el número 6 del artículo 533 de la Ley procesal antedicha, era evidente que el actor no podía, en buenos principios de rogación de la jurisdicción civil, accionar en la forma que lo hacía interponiendo los interdictos de retener o recobrar, dejando al Juzgado la elección de uno o de otro, según su criterio. Los actos o hechos que pueden dar lugar al despojo de una posesión o bien simplemente a una inquietud de la

misma son distintos y distintas son, asimismo, las resoluciones que han de recaer, siendo ese el alcance y significado que tienen los artículos 446 del Código civil y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento, de donde se deduce que al actor incumbe determinar y escoger la acción derivada del derecho que considere lesionado, pero no dejarlo al criterio judicial, ya que el juzgador no tiene opción y no se le puede conceder la intervención de oficio que ello supondría, significando además un medio de suplir errores u omisiones de una de las partes con posible perjuicio para la contraria, colocándose así aquélla en rango y posición desigual. Por ello, añadiendo que, ante la indudable anomalía que representa la falta de precisión en el pedimento del suplico de la demanda, en contraposición a lo prevenido en el artículo 524 de la Ley procesal civil no era posible entrar a examinar el fondo del asunto principal, se falló estimando la excepción opuesta por la parte demandada de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, en consecuencia, desestimando ésta con la declaración de no haber lugar a la misma y expresa imposición de las costas a la parte actora en aplicación del artículo 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3. A la vista del fallo anterior, se pregunta si la sentencia se halla ajustada a derecho o, lo que es lo mismo, *si la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar es procesalmente correcta* y debe, por ello, ser admitida o si no obedece a las prescripciones vigentes en nuestro derecho y ha de ser rechazada, por lo tanto.

II

PLANTEAMIENTO

1. Para el ordenado desarrollo de la diversa serie de problemas que componen el presente dictamen conviene anunciar, ya desde un principio el *sistema* que ha de seguirse en su exposición.

2. En primer término será planteada la cuestión, que es, aparentemente, la esencial en el presente caso, de la admisibilidad o inadmisibilidad en el derecho procesal civil español, del *ejercicio alternativo de acciones* o, dicho en otros términos, de la posibilidad legal de iniciar un proceso que tenga como contenido dos o más pretensiones planteadas en forma alternativa. Ello obligará a hacer un estudio breve, pero suficiente de la figura de la acumulación alternativa en el terreno doctrinal y en el positivo con objeto de indagar su admisibilidad o inadmisibilidad en la práctica española y con el fin de conocer también hasta qué punto se ha producido dicho fenómeno en el supuesto actual.

3. Ahora bien (y sin que esto sea anticipar tesis prematuras) al finalizar el examen anterior se verá cómo en la demanda alternativa sometida a análisis en el presente informe no se da verdaderamente una hipótesis de pluralidad alternativa de pretensiones, sino una hipótesis de *pluralidad alternativa de los fundamentos de una sola pretensión* (o de varias pretensiones acumuladas conjuntamente). Habrá así que ponerse en contacto con el problema de la plura-

lidad alternativa de los fundamentos de una pretensión, fijando las diferencias que existen entre esta figura y la anterior, y precisando igualmente, a base de consideraciones doctrinales y positivas, su admisibilidad o inadmisibilidad en el derecho español.

4. Las consideraciones obtenidas en los precedentes apartados serán objeto de singular *aplicación al caso específico de las acciones posesorias*. En efecto, habiéndose suscitado la cuestión actual con motivo de la interposición alternativa de un interdicto de retener o recobrar, se hace necesario saber hasta qué punto la concreta naturaleza de tales interdictos y las posibilidades (o imposibilidades) de su recíproca delimitación confirman o rectifican los principios generales sobre planteamiento alternativo de pretensiones o de los fundamentos de una pretensión. Para obtener dicha aplicación, el problema de la unidad o variedad de los interdictos que regula nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento civil será expresamente planteado y a la luz de la solución que sea preciso darle se procederá a la determinación concreta de los resultados que arroje la investigación.

5. Tales resultados serán resumidos, finalmente, en un último apartado en el que, como breves *conclusiones*, se expongan cada uno de los criterios desarrollados en la exposición anterior y el juicio definitivo que merezca la sentencia dictada en el presente interdicto de retener o recobrar.

III

LA PLURALIDAD ALTERNATIVA DE PRETENSIONES

1. Un proceso tiene siempre por objeto una pretensión de parte, esto es, una reclamación que alguien dirige al órgano jurisdiccional frente a sujeto distinto del autor de la reclamación. Sin que sea necesario ni posible entrar aquí en la polémica, puramente doctrinal por otra parte, acerca del concepto del proceso, para la finalidad que nos proponemos en el presente caso resulta del todo suficiente como punto de partida la empírica observación de que hay en todo proceso como materia del mismo una pretensión de parte que es la verdadera *res litigiosa*: la pretensión de que se declare una incapacidad, de que se pague una deuda, de que se deshaga una obra mal hecha, etc.

Pero así como dada la premisa anterior no es imaginable la existencia de un proceso carente de una pretensión, sí es, en cambio, perfectamente conceible la existencia de un proceso que tenga por objeto no ya una, sino dos o más pretensiones. Si una persona demanda a otra reclamando la entrega de una cosa y el pago de una cantidad, el proceso originado por la demanda no tiene un solo objeto, sino dos objetos distintos que corresponden a cada una de las pretensiones formuladas.

La posibilidad teórica de reunir en un solo proceso dos o más pretensiones de parte es expresamente reconocida por la innmensa mayoría de las doctrinas y legislaciones procesales. El principio fundamental en que tanto unas como otras

se apoyan es el de la *economía procesal*. Si en un solo proceso pueden ventilarse y decidirse dos o más pretensiones (que, en otro caso, darian lugar a procesos distintos) se ahorran evidentemente con la unificación una serie de trámites comunes que habrían, si no, de ser repetidos. Por otra parte, si las pretensiones que se acumulan tienen algún elemento idéntico, es decir, si se trata de pretensiones conexas, una nueva razón viene a añadirse a la anterior en defensa de la admisibilidad de la pluralidad objetiva: la necesidad de evitar fallos contradictorios, resultado a que podría llegarse si, siguiendo por separado los procesos, fuesen distintamente valorados aquellos elementos comunes. La fuerza de ambas razones conjugadas explica la unanimidad con que científica y legalmente es defendida la tesis de la posibilidad de la acumulación, unanimidad que no es, desde luego, destruída por el derecho español. Pues el derecho español admite sin reservas la figura de la pluralidad procesal objetiva al decir en el artículo 153 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil (sobre acumulación de acciones: dejamos a un lado la hipótesis de la acumulación de autos o pluralidad sucesiva de pretensiones, por no interesar en el caso actual) que "el actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado", siendo reconocida al demandado análoga facultad en virtud de la figura llamada reconvención, expresamente admitida en el artículo 524 del citado cuerpo legal. No existe sino un límite negativo a la posibilidad de acumulación tan ampliamente regulada en los mencionados preceptos: este límite es el de la incompatibilidad de las pretensiones reunidas, que expresamente establece el artículo 154 de la misma Ley, y que puede ser tanto incompatibilidad material (si se excluyen mutuamente o son contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impide o hace ineficaz el ejercicio de la otra) como incompatibilidad procesal (si una y otra pretensión se hallan sometidas a un tratamiento procesal distinto, bien en cuanto a la competencia del Juez, bien en cuanto al desarrollo del procedimiento).

2. Ahora bien, la figura genérica de la pluralidad de pretensiones cuya admisibilidad de principio no es dudosa en el derecho español dados sus preceptos expresos, según acaba de verse en el apartado anterior, se manifiesta en la práctica en formas diversas que exigen una ulterior especificación. Una importante dualidad de hipótesis es preciso establecer, en efecto, en el concepto inicial, distinguiendo dentro de él la hipótesis de la pluralidad de pretensiones conjuntiva y la hipótesis de la pluralidad de pretensiones alternativa, es decir, las pretensiones reunidas de una manera cumulativa (*a y b*) o de una manera disyuntiva (*a o b*). Si el actor solicita la condena del demandado a la entrega de una cosa y al pago de una cantidad, su demanda contiene una pluralidad conjunta de pretensiones; si solicita la condena del demandado a la entrega de una cosa o al pago de una cantidad, su demanda contiene una pluralidad alternativa de pretensiones. Este último supuesto puede darse prácticamente con cierta tipicidad en la aplicación de la llamada condición resolutoria tácita de los contratos bilaterales si el perjudicado por el incumplimiento formula su demanda reclamando alternativamente el cumplimiento de la obligación o la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

3. La admisibilidad de la pluralidad de pretensiones cumulativa o conjunta no ofrece teórica o prácticamente duda alguna. Este es, en efecto, el caso típico de acumulación de acciones, aquel para el que han dictado, con carácter exclusivo, los preceptos de nuestro derecho procesal civil, y del que la realidad muestra constantes e indiscutidos ejemplos de aplicación. No nos detendremos, por tanto, en su estudio, teniendo en cuenta, por otra parte, que su examen es irrelevante para la solución del problema que se plantea en el presente dictamen.

4. La pluralidad alternativa de pretensiones ofrece en cambio muchas mayores dificultades en cuanto a la fijación de su admisibilidad. El simple enunciado de la figura (la petición por una persona de una cosa u otra alternativamente) parece chocar ya desde un principio con una máxima fundamental dentro del ordenamiento del proceso civil; la de la precisa determinación de lo pedido, esto es, del objeto de la reclamación, que falta en el caso de la petición alternativa. En segundo lugar, profundizando el análisis del tipo, se observa que en el caso de acumulación alternativa parece existir una incompatibilidad material entre las distintas pretensiones formuladas en cuanto que la estimación de la una impide la actuación de la otra, ya que sólo una de ellas no las dos, son debidas. Finalmente, cabrá objetar contra la admisibilidad de la alternativa las dificultades prácticas que su adopción llevaría consigo: ¿a quién corresponde la elección entre los dos (o más) extremos de la disyuntiva? ¿en qué forma y momento deberá llevarse a cabo esta elección? ¿cuáles serán las consecuencias de la elección o de la falta de elección por parte de quien tiene la facultad correspondiente? A la vista de estas dificultades, cabe preguntarse si realmente el principio de la economía procesal (que en el caso presente se reduce a un principio de comodidad para el actor) no debe ceder ante las exigencias opuestas y reconocer la tesis de la inadmisibilidad.

5. Esto es lo que ha hecho muchas veces la doctrina, especialmente la alemana, única que ha tratado amplia y expresamente el problema. Si se repasan las obras de los cultivadores más autorizados del derecho procesal civil alemán, se ve cómo la tesis negadora de la acumulación alternativa de demandas (*alternative Klagenhäufung*) es resueltamente sostenida. WEISMANN (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903, I, pág. 72) admite sólo la petición alternativa en caso de que se funde en una obligación alternativa, dejando la elección, según los casos, al deudor o al acreedor y afirmando que el acreedor debe usar de su facultad de elección antes de que comience la ejecución forzosa; ROSENBERG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlín, 1929, pág. 286) niega la admisibilidad de la acumulación alternativa, salvo los casos de una petición fundada en supuestos distintos (hipótesis que se examina en el apartado siguiente) y de obligación alternativa, apoyándose en el imperativo de la necesaria determinación del *petitum*. SCHÖNKE (*Zivilprozessrecht*, Berlín, 1938, página 170) dice expresamente que es inadmisible una acumulación alternativa, pues falta en ella la exigida determinación de lo que se pide en la demanda si bien reconoce que la mayor parte de estas acumulaciones se hacen en la práctica en forma de unión eventual que está sometida a distinto régimen. En cambio, HELLWIG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1903, II, pá-

gina 59) y KISCH (*Elementos de Derecho procesal civil*, versión española de Prieto Castro, Madrid, 1932, pág. 313) hablan sin reservas de la acumulación alternativa, si bien por no hacer ulteriores aclaraciones cabe suponer que se refieren simplemente a los supuestos excepcionales que los restantes autores también admiten.

Por el contrario, la doctrina española, dentro de la extraordinaria parquedad con que aborda el problema, muestra una actitud tolerante hacia la acumulación alternativa. MIGUEL y ROMERO (*Lecciones y modelos de práctica forense*, Madrid-Valladolid, 1944, II, pág. 86) dice que "la Ley no lo prohíbe y la jurisprudencia admite que se formulen pretensiones alternativas" aplicando esta afirmación precisamente al caso que ahora nos interesa, del interdicto de retener o recobrar: "en caso de que sea difícil determinar si hubo despojo o mera perturbación, pueden ejercitarse alternativamente las acciones de interdicto de recobrar y de interdicto de retener". Por nuestra parte: GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, pág. 515) después de aclarar la naturaleza de la acumulación alternativa y de señalar que, en tal caso, la elección corresponde al demandado, no pudiendo el Juez condonar a todas las prestaciones sin incurrir en el vicio de incongruencia (punto que se aclara en el comentario del artículo 359), dijimos textualmente que de la acumulación alternativa no se habla expresamente en la Ley de Enjuiciamiento civil, pero la práctica presenta frecuentes ejemplos de la misma.

Y es que, en efecto, al margen de toda polémica doctrinal, la vida real del foro muestra en España abundantes ejemplos de formulación alternativa de pretensiones que no suelen suscitar graves reparos. Algunos de estos casos, discutidos, no obstante, han llegado a conocimiento del Tribunal Supremo y éste ha mostrado asimismo una postura favorable a la admisibilidad de tal tipo de acumulación. Así se deduce, sin vacilaciones, de cuatro importantes sentencias dictadas en la materia: las de 24 de marzo 1886 21 de febrero 1887, 28 de marzo 1922 y 9 de abril 1934.

En la sentencia de 24 de marzo de 1886 dijo el Tribunal Supremo que el fallo recurrido era "la resolución de una demanda alternativa que no puede menos de ser eficaz y firme en uno de sus extremos". Ciento que el caso de autos presentaba, no una alternativa pura (petición de *a* o *b*), sino una alternativa condicional o eventual (petición de *a*, y para el caso de que no se conceda, petición de *b*) puesto que se reclamó el pago de una cantidad y, para el supuesto de que no se aviniera el demandado, la sumisión de las partes a árbitros o amigables componedores; pero el fallo, como se deduce de su simple lectura, no limitó la admisibilidad a la alternativa eventual, sino a todas las clases de alternativa, sin distinguir entre ellas.

En la sentencia de 21 febrero 1887, ante una demanda en que se pidió la nulidad o la rescisión de una venta y en la que el recurrente hizo ver expresamente en casación la diferencia que existe entre petición alternativa y eventual, admitiendo la segunda y rechazando la primera, el Tribunal Supremo desestimó el recurso diciendo que "si bien la parte actora pudo formular mejor la demanda prescindiendo de la nulidad, para la cual no había razón alguna, es lo cierto que propuso disyuntivamente esa acción, o la de rescisión, que es la que estimó la

Sala sentenciadora, sin que con esa disyuntiva en la petición pueda decirse que existe acumulación de acciones incompatibles o contradictorias".

En la sentencia de 28 enero 1892, el criterio del Tribunal Supremo es también favorable a la admisibilidad, si bien estrictamente referida a un supuesto de alternativa eventual; "la acción rescisoria formulada asimismo por los demandantes lo fué *ad cautelam*, condicional y subsidiariamente, por si no prosperaba la principal ejercitada y por consiguiente no resulta infringida en este caso la doctrina establecida (sobre incompatibilidad de las acciones de rescisión y nulidad)".

Finalmente, en la sentencia de 9 abril 1934, también referida a un caso de eventualidad (declaración de nulidad y, si no prosperaba, de irresponsabilidad de un contratante, en la que la Sala falló a favor de la irresponsabilidad y fué atacada por el demandado invocando la incongruencia), el Tribunal Supremo reitera la misma orientación diciendo que "al optar la Sala sentenciadora por la segunda, con los particulares anexos a la misma, es claro que debe entenderse que no fué aceptada la pretendida declaración de nulidad".

Veamos pues, que cualesquiera que sean las reservas formuladas por la doctrina de otros países a la admisión de la acumulación alternativa, la doctrina española tanto científica como jurisprudencial se muestra en general propicia al reconocimiento de este tipo.

6. En lo que toca a los textos legales estrictos tampoco existe ninguno que directa o indirectamente la prohíba. En favor de la tesis de la inadmisibilidad podrían aducirse a este respecto dos argumentos positivos y otro, negativo, por así decirlo. Los positivos, fundados en la aplicación de los arts. 524 y 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil; el negativo, fundado en la inexistencia de preceptos especiales, dentro de nuestro derecho vigente, destinados a resolver las numerosas dudas concretas que el planteamiento alternativo suscita.

Según el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en la demanda "se fijará con claridad y precisión lo que se pide"; si la petición es alternativa puede decirse que falla la precisión, ya que no la claridad, luego la petición alternativa parece que incurre en un defecto legal en el modo de proponer la demanda y origina la excepción enunciada en el núm. 6 del art. 533, con carácter dilatorio o no, según la índole del procedimiento de que se trate. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en el caso que se examina en el presente informe en el que la mencionada excepción ha sido invocada por el demandado y recogida en el fallo del Juez.

Según el art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio "cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra". Cabría decir que puesto que, en la acumulación alternativa, la elección de uno de los dos extremos del dilema impide o hace ineficaz el otro, se está ante un caso claro de imposibilidad legal de la acumulación.

En cuanto al argumento negativo, sería posible alegar que puesto que la acumulación alternativa plantea una serie de problemas concretos de resolución necesaria, el silencio que guarda acerca de ellos nuestro derecho positivo,

es una prueba más de su inadmisibilidad o, por lo menos, de su impracticabilidad real. La Ley de Enjuiciamiento civil no dice en ninguno de sus pasajes a quién corresponde la facultad de elección ni en qué forma deberá elegirse, ni desde qué o hasta qué momento se puede verificar la elección, omisiones todas que demuestran que el legislador no ha pensado en el tipo de pluralidad que ahora se viene examinando.

Sin embargo, cabe oponer a estos reparos de orden jurídico positivo ciertas consideraciones que refuerzan la tesis de la admisibilidad de las alternativas, tal como viñosa venía declarada por la doctrina científica y la jurisprudencial.

En efecto, frente a la aplicación del art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil y, por consiguiente, frente a la invocación de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, cabe oponer que en realidad en una demanda alternativa no hay imprecisión alguna (o no tiene porque haberla) en la determinación del *petitum*. Las diversas reclamaciones que integran una demanda alternativa pueden aparecer en la práctica con una precisión absoluta y su relación disyuntiva no añade equívoco a dicha claridad inicial, pues lo que exige la precisión del *petitum* es que la actuación reclamada no pueda ser confundida con ninguna otra y en el caso de demanda alternativa, construida correctamente, tal confusión no es posible: el actor pide *precisamente a* o *precisamente b* y la unión alternativa de *a* y *b* no arroja ningún equívoco sobre una u otra o sobre la relación en que reciprocamente se hallan. De entender que toda relación alternativa supone una indeterminación o imprecisión de los objetos alternados, habría que llegar a la misma consecuencia en todas las situaciones jurídicas en que se produjera tal fenómeno; en particular habría que considerar a las obligaciones alternativas como obligaciones indeterminadas o imprecisas, con todas las graves consecuencia teóricas y prácticas que ello llevaría consigo.

Frente a la aplicación del art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil y, por lo tanto, frente a la inadmisibilidad de la alternativa basada en que constituye una acumulación de acciones incompatibles, hay que sostener que tal incompatibilidad no existe en realidad, pues lo que hace la disyuntiva es facilitar precisamente la coexistencia de dos reclamaciones que conjuntamente no podrían ser reclamadas. Si una persona debe *a* o *b* y no *a* y *b*, la demanda que reclama *a* o *b* no acumula acciones incompatibles ya que la alternativa expresa bien claramente que no se pretende simultanear una y otra reclamación, sino facilitar la opción entre una y otra. Por ello no es cierto tampoco que sea aplicable al caso actual la norma sobre la elección de acciones, puesto que en la acumulación alternativa el actor no elige acción alguna, sino que, por definición, deja tal elección precisamente a otra persona.

Finalmente, frente a los argumentos basados en las consideraciones de carácter negativo, cabría decir que la falta de preceptos especiales sobre los problemas concretos que la acumulación alternativa plantea, puede subsanarse acudiendo a los principios generales que rigen en materia procesal civil. Debe entenderse implícita, en efecto la prescripción de que la elección en la alternativa corresponde normalmente al demandado ya que éste es el sujeto pasivo de la pretensión, aquel frente a quien las diversas reclamaciones son formuladas. Ha de afirmarse, asimismo, que la elección se hará en la forma señalada para las declaraciones procesales (oralidad o escritura, según el tipo de proceso de que

se trate) y puede hacerse hasta el momento en que se inicie la ejecución forzosa, pues desde entonces tiene que variar ya, según la índole de la condena, la tramitación ulterior. De este modo, se llegará a entender que el Juez ante quien se propone una demanda alternativa puede emitir, sin reparos, una condena alternativa también, si, antes del fallo, el demandado no ha limitado el objeto del proceso a uno de los varios extremos de la reclamación.

Llegamos, pues, en este punto a la conclusión de que no hay motivos en nuestro vigente derecho procesal civil para negar la admisibilidad de la pluralidad alternativa de pretensiones si ésta se formula correctamente, cumpliendo, por lo tanto, con todas las prescripciones genéricas que marca la ley de Enjuiciamiento. No debe olvidarse que en el vigente derecho procesal penal, las llamadas conclusiones alternativas están expresamente reconocidas en el art. 653 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

7. Si aplicáramos la conclusión anterior al supuesto examinado en el caso presente llegaríamos sin dificultad al resultado de que la demanda alternativa de interdicto de retener o de recobrar que se analiza en este informe, es una demanda admisible y que, por lo tanto, no debió ser esgrimida contra ella la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda ni mucho menos ser recogida tal excepción en el fallo del Juez que rechaza la demanda sin entrar en el fondo del asunto por faltar, en opinión del Juzgado, un requisito de admisibilidad. Unicamente, cabría objetar a la demanda el planteamiento dado a la alternativa defiriendo la facultad de elección al Juez, pues ésta es misión que excede de las funciones normales del órgano jurisdiccional y, en este sentido, son acertadas las frases de la sentencia, según la cual la elección no se puede dejar al criterio judicial "ya que el Juzgado no tiene opción y no se le puede conceder la intervención de oficio que ello supondría", si bien debe advertirse que la incorrección de la demanda en este punto no debió ser sancionada con su repulsión, sino con la abstención del Juez, el cual, omitiendo toda declaración electiva, debió pronunciar, en su caso, una condena alternativa también y remitir el correspondiente poder de opción al demandado.

Ahora bien, si se examina detenidamente el texto de la demanda, sometida a análisis en este informe, se observa, no sin cierta sorpresa, que, contra lo que aparentemente pudiera creerse, *no hay en ella una verdadera pluralidad alternativa de pretensiones* (o acumulación alternativa de acciones). El suplico o *petitum* de la demanda, absolutamente esencial a este respecto, no contiene, en efecto, tal pluralidad alternativa. Hay en él, es cierto, tres peticiones distintas (prescindiendo de las costas y daños y perjuicios): tapar la toma de aguas, deshacer lo mal hecho, reponer la margen izquierda de la acequia, pero estas tres peticiones no figuran acumuladas alternativamente sino conjuntamente, como lo demuestra el sentido de la demanda toda y la conjunción copulativa "y" que figura entre la segunda y la tercera petición. Es evidente, pues, que no se da aquí una hipótesis auténtica de acumulación alternativa, en la forma que ha sido estudiada hasta ahora.

Sin embargo, es evidente que hay una alternativa de alguna clase en la demanda, pues la expresión disyuntiva del nombre dado a la acción: "interdicto de retener o recobrar", se repite en su texto en su forma inequívoca. ¿Qué sig-

nificación tiene, pues, esta dualidad, si no puede encajarse en el concepto estudiado hasta ahora? Para saberlo, debemos plantear una nueva cuestión: la de la pluralidad de los fundamentos de una sola pretensión, como problema distinto del de la pluralidad de pretensiones.

IV

LA PLURALIDAD ALTERNATIVA DE LOS FUNDAMENTOS DE UNA PRETENSIÓN

1. Es diferente en efecto el caso de que una persona interponga alternativamente varias reclamaciones frente a otra y el caso de que invoque alternativamente varios fundamentos que apoyan una reclamación o que apoyan varias reclamaciones acumuladas conjuntamente.

Si un contratante, ante el incumplimiento de la otra parte, demanda pidiendo su condena al cumplimiento o a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, estamos, como se vió en el apartado anterior, ante un verdadero supuesto de pluralidad alternativa de pretensiones. Pero si un acreedor a quien su deudor deja en el testamento lo mismo que le debe (el llamado legado de deuda por los civilistas; v. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1939, I, 2.^o pág. 388), reclama al heredero tal cosa, invocando alternativamente el crédito o el legado, no hay verdadera pluralidad de pretensiones, sino una sola pretensión apoyada en dos fundamentos (de hecho) alternativos. Del mismo modo, si alguien reclama la nulidad de una obligación cuya validez se dejó al arbitrio del acreedor invocando alternativamente el art. 1.255 y el art. 1.256 del Código civil, no hay aquí tampoco pluralidad alternativa de pretensiones, sino pluralidad alternativa de los fundamentos (de derecho) de una sola pretensión. Estos ejemplos y otros muchos que podrían aducirse demuestran suficientemente la diferencia que corre entre cada uno de estos problemas y la necesidad de distinguirlos.

2. Existe pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una sola pretensión (o de varias pretensiones acumuladas conjuntamente) cuando en apoyo de la única pretensión que se interpone (o de las varias peticiones conjuntas) se alegan circunstancias o acaecimientos, títulos en suma, que no son uno, sino varios y que no se afirman acumulativamente, sino disyuntivamente para que valga uno u otro de los declarados. En esquema, la pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión es aquella en que el actor reclama *a* (o *a* y *b*) diciendo que se le debe en virtud del hecho *m* o del hecho *n*. Se da tal tipo de pluralidad cuando existiendo diversos acaecimientos que pueden fundamentar una pretensión, tales acaecimientos se excluyen recíprocamente, de modo que recogido uno ha de abandonarse otro, por lo que su reunión debe verificarse de forma alternativa y no conjuntiva.

Sería posible preguntarse hasta qué punto la pluralidad de los fundamentos de hecho de una pretensión es conciliable con la figura de la unidad de pretensiones es decir, si no hay que afirmar inexcusadamente que, en caso de pluralidad de fundamentos de hecho, se da también una pluralidad de pretensiones. La

razón de esta duda es muy sencilla: puesto que el fundamento de hecho es un elemento individualizador de toda pretensión (el título o *causa pendit*, junto a los sujetos y al objeto) no hay más remedio que pensar que el cambio en los fundamentos de hecho de una pretensión es un cambio en la pretensión misma, y que, análogamente, la acumulación de los fundamentos de hecho de una pretensión equivale a una acumulación de éstas. En suma, habría que decirse que en el caso de que una persona reclama *a* en virtud de *m* y de *n*, no hay una, sino dos pretensiones: la reclamación de *a* por el título *m* y la reclamación de *a* por el título *n*. Aplicando la fórmula al problema de la acumulación alternativa, habría que decir que una pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión es, en el fondo, una verdadera pluralidad alternativa de pretensiones.

Ahora bien esta identificación de figuras, que es cierta en el terreno de la pura teoría, no puede ser traducida a la práctica en el sentido de que se afirme que encuentra o debe encontrar los mismos obstáculos para su reconocimiento uno y otro tipo. Todas las dificultades (de fuerza relativa, como antes se vió) que se oponen a la admisibilidad de las pretensiones alternativas desaparecen en el caso de los fundamentos alternativos y esto por una razón muy comprensible: porque tales dificultades afectan siempre a la petición y no al fundamento de la pretensión misma. Así la dificultad basada en que la pretensión alternativa supone una imprecisión del *petitum* es irrelevante aplicada a los fundamentos alternativos, pues estos permiten formular lo que se pide con toda precisión: el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil impone el presupuesto correspondiente con relación a "lo que se pide", pero no en relación a los fundamentos de lo que se pide a los que sólo se exige que se expongan sucintamente y se enumeren del mismo modo. La dificultad basada en que la pretensión alternativa constituye una acumulación de acciones incompatibles, no puede ser aplicable aquí por ser las peticiones tan absolutamente compatibles que en realidad se reducen a unidad; el art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento civil prohíbe acumulación de acciones incompatibles, entendiendo que la hay cuando se excluyen mutuamente o son contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impide o hace ineficaz el ejercicio de la otra, cosa que difícilmente puede predicarse de la pluralidad en los fundamentos a los que el precepto evidentemente no se refiere por ser absurdo hablar con respecto a unos hechos de "ejercicio" de unos u otros: los hechos se alegan, pero no se ejercitan. Finalmente, las dificultades prácticas a que vimos podía dar lugar la pluralidad alternativa de fundamentos de hecho no introduce ninguna complicación en el procedimiento: el Juez, según lo alegado y probado (dado el sistema que rige en nuestro derecho positivo) recogerá en su fallo uno y otro fundamento alternativo para examinar la existencia de ambos: si *alguno* de ellos se admite, actuará (estimará) la pretensión del actor, si *ninguno* de ellos se admite denegará la actuación (desestimarán) dicha pretensión. Por lo tanto, hay que afirmar que la hipótesis de la pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión, aunque sea teóricamente un caso de pluralidad alternativa de pretensiones, no tropieza respecto a su admisibilidad con las dificultades opuestas a ésta; la misma doctrina alemana restrictiva que antes se mencionó reconoce expresamente como un caso excepcional de la tesis negativa éste que ahora se analiza: v. especialmente ROSENBERG (*Lehrbuch des*

deutschen Zivilprozessrechts, Berlin, 1929, pág. 286), el cual se refiere, como supuesto admisible de acumulación alternativa, al de la petición apoyada en supuestos de hecho distintos.

En cuanto al derecho español, prevaleciendo como ya se ha indicado, la doctrina de la admisibilidad de la acumulación alternativa de pretensiones, *a fortiori* tiene que ser admitida la hipótesis, mucho más atenuada, de la acumulación alternativa de los fundamentos de hecho de una sola pretensión.

3. Pero la pluralidad alternativa de los fundamentos de una pretensión puede presentarse no sólo respecto a los fundamentos de hecho, sino también respecto a los fundamentos de derecho de la misma. Esta pluralidad se da cuando, en apoyo de una sola petición fundada en un solo título, se invocan diversas normas jurídicas, las cuales no se alegan conjuntamente, sino disyuntivamente de modo que valga una *u* otra de dichas alegaciones. Se da pues, esta figura cuando se reclama *a*, en virtud del título *m*, afirmando que la norma *p* o la norma *r* justifica la reclamación. Este tipo de pluralidad puede presentarse y se presenta de hecho en la práctica cuando un solo supuesto de hecho encaja en dos normas diferentes, igualmente válidas pero que no pueden aplicarse simultáneamente o cuando se duda de la aplicabilidad de una *u* otra norma por la complejidad del supuesto o la imprecisión con que aparece recogido por el derecho positivo.

No puede haber duda alguna, distintamente a lo que ocurría en el caso anterior, de la enorme diferencia que existe entre esta hipótesis de pluralidad alternativa de los fundamentos jurídicos de una pretensión y la de pluralidad alternativa de pretensiones. Pues el fundamento jurídico de la pretensión no es un elemento individualizador de la misma, no es uno de sus componentes esenciales, sino parte secundaria o accidental. El cambio en los fundamentos jurídicos de una pretensión no es un cambio en la pretensión misma la adición o ampliación de los fundamentos jurídicos no es una adición o ampliación de pretensiones, la omisión o reducción de los fundamentos jurídicos no es tampoco una omisión o reducción de dicha pretensión. La pretensión se identifica en razón a tres elementos esenciales: los sujetos, el objeto y la *causa petendi* (título o fundamento de hecho). De aquí el distinto trato que el fundamento jurídico y los restantes elementos de una pretensión reciben en todo proceso, por la diferente extensión de los poderes concedidos sobre uno y otros al órgano jurisdiccional. En general puede afirmarse que la tesis de la irrelevancia del fundamento jurídico para la delimitación de una pretensión se sostiene por toda la doctrina nacional y extranjera, con absoluta unanimidad.

Así planteado el problema de la admisibilidad de una fundamentación jurídica alternativa tiene que resolverse con una forzosa y categórica afirmativa. No sólo es que, por no haber aquí verdadera pluralidad alternativa de pretensiones, los argumentos (de dudosa fuerza) esgrimibles contra ésta son del todo irrelevantes; no sólo es que por razones negativas (ausencia de obstáculos legales), cabe defender tal admisibilidad; es que existe, en este punto, un principio positivo, de vigencia y significación indiscutibles, que obligan a sostener dicha tesis. Tal principio es el de que las normas jurídicas son recogidas y valoradas de oficio por el Juez sin sometimiento respecto a ellas a la actividad de las par-

tes que carecen en este extremo de poder dispositivo alguno: *iura novit curia; narra mihi factum, dabo tibi ius.* En virtud del principio del conocimiento oficial del derecho por el Juez, éste, sin ajustarse a las alegaciones de derecho de los litigantes puede fundamentar libremente su fallo; puede recoger las normas jurídicas invocadas, pero puede también omitirlas, alterarlas o ampliarlas, según su libre y espontáneo criterio. Una alegación de normas jurídicas incompleta, imprecisa o equivocada por parte de un litigante no le perjudica en modo alguno, dadas las facultades que en este punto hay que reconocer al órgano jurisdiccional. Por lo tanto, un planteamiento alternativo de los fundamentos jurídicos no puede servir para rechazar una demanda: primero, porque éste no es un planteamiento impreciso o equivocado; segundo, porque, aunque lo fuera, el error o la imprecisión tienen que ser de oficio subsanados por el Juez: v. entre otras muchas la reciente sentencia de 10 de junio de 1941, afirmativa del indiscutible criterio que sigue en este punto nuestro derecho positivo.

Debe admitirse, por lo tanto, sin dejar lugar a duda alguna la admisibilidad de una demanda en que los fundamentos jurídicos se expongan en forma alternativa. Ahora bien, un caso importante, como antes se vió (en realidad el más importante) de planteamiento alternativo de los fundamentos de derecho, es aquel en que el actor expone una *calificación jurídica alternativa*, esto es, subsume los hechos narrados, alternativamente, en dos o más normas o series de normas distintas. Si a base de un hecho *m*, alguien reclama *a* diciendo que los hechos están recogidos en la norma *p* o en la norma *r*, la calificación jurídica alternativa se reduce, como fácilmente se comprueba, a una indicación alternativa de los fundamentos de derecho de la pretensión. Por ello si una persona que ha hecho un encargo por cuenta de otra, duda si el contrato celebrado es un mandato o arrendamiento de servicios, puede, conservando esta duda y exponiendo precisamente los hechos, remitirse a una *u* otra figura alternativamente, para deducir de ellas una sola petición o varias peticiones conjuntas. Se querrá decir acaso que en estas hipótesis de pluralidad de calificaciones jurídicas existe una pluralidad de acciones, siguiendo el aislado parecer de LENT, el cual en un artículo publicado en la *Zeitschrift fur deutschen Zivilprosess*, LVII, pág. 1, con el título "Die Abgrenzung der Anspruchmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe" (Distinción de la pluralidad de pretensiones y la pluralidad de fundamentos de la demanda) entiende que una petición que puede subsumirse en dos normas distintas integra en realidad dos pretensiones y no una sola pretensión, pero en realidad hay aquí una confusión entre acción en sentido material (o derecho) y acción procesal; en el caso expuesto puede haber dos acciones materiales, pero hay evidentemente una sola acción procesal o pretensión. Y para el derecho español la correcta formulación de la acción en sentido material es indiferente; sólo a los efectos de determinación de la competencia exige el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil la mención específica de la acción, de donde se deduce que un demandante que expone unos hechos sin darles una calificación jurídica precisa (*o, a fortiori*, dándoles una calificación alternativa) no incumple ninguno de los requisitos establecidos para la demanda en nuestro derecho positivo; el Juez verá si los hechos expuestos encajan en una *u* otra figura de las alegadas, igual que tendría que hacerlo en caso de una fundamentación jurídica deficiente o errónea.

4. Veamos ahora cómo se aplican las consideraciones desarrolladas hasta aquí al caso concreto que se examina en el presente informe. En la demanda en cuestión no había, como se demostró en el apartado anterior, una verdadera pluralidad alternativa de pretensiones. La formulación alternativa que en su texto se contiene, ¿será pues, en realidad una mera pluralidad alternativa de los fundamentos de la petición?

Por lo que toca a los fundamentos de hecho, no encontramos en ellos plantamiento alternativo alguno. Los hechos que justifican la demanda, esto es, los acaecimientos concretos de la vida que invoca el actor en apoyo de su reclamación, son varios, es cierto, pero no alegados disyuntivamente, sino conjuntamente, igual que las peticiones finales; al hecho de la copropiedad de la acequia se agrega cumulativamente el de la existencia de un antiguo partidor no tapado por el demandado, a éste el de utilizar una toma de agua irregular para el riego de una cadena de cultivo y así sucesivamente. En los hechos no hay, pues alternativa alguna, sino conjunción simple de todos ellos.

Donde aparece en realidad la alternativa, como se habrá adivinado en este punto del informe, es en la calificación jurídica de tales hechos, los cuales son subsumidos en el art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto allí se establecen los procedimientos para el amparo o restitución de la posesión inquietada o perturbada, dando lugar a la invocación alternativa del suplico, referida al interdicto de retener o recobrar, que, no obstante su emplazamiento en tal suplico, no origina una petición alternativa, sino una definición alternativa de los fundamentos jurídicos de la pretensión. Pues, ¿dónde se halla en definitiva la vacilación (si se quiere) del actor? No en la exposición de los hechos relatados con toda fijeza; tampoco en las peticiones absolutamente precisas; sino pura y simplemente en la calificación jurídica que tales hechos deben merecer al vigente ordenamiento jurídico. El demandante no podía precisar (no hay reparo en confesarlo) si los hechos por él narrados encajaban en el art. 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto éste habla de perturbación (interdicto de retener) o en cuanto éste habla de despojo (interdicto de recobrar) y por ello califica alternativamente, desde un estricto punto de vista jurídico, sus pretensiones, es decir, formula alternativamente los fundamentos de derecho de las mismas. Nos parece que esta conclusión es de tal modo evidente que no puede suscitar reparo alguno; una vez que se demuestra la diferencia que existe entre la pluralidad de pretensiones y la pluralidad de los fundamentos jurídicos de una pretensión y una vez que se comprueba que la calificación jurídica plural pertenece a esta última categoría es indiscutible que la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar analizada en este informe no constituye un caso de pluralidad alternativa de pretensiones, sino de pluralidad alternativa de los fundamentos jurídicos de una pretensión.

Así se explica totalmente el hecho tan extraño, en apariencia, de que la solución de la alternativa venga confiada al Juez por el actor, hecho que si se tratara de una verdadera alternativa de pretensiones constituiría una proposición incorrecta de la demanda, según antes se vió. En cambio, tratándose de una calificación jurídica alternativa es decir, de una pluralidad alternativa de fundamentos jurídicos resulta totalmente acertada, pues el Juez es el único no ya que puede, sino que debe resolver el dilema declarando si los hechos narrados por él:

actor encajan en el art. 1.651 en cuanto habla de perturbación o en cuanto habla de despojo y por ello si las peticiones formuladas dan lugar a un interdicto de retener o a un interdicto de recobrar, igual que hubiera tenido que hacerlo si el actor (con auténtica imprecisión esta vez) se hubiera limitado a decir que ejercitaba "un interdicto" o "la correspondiente acción posesoria" o si (llevando las cosas al extremo) se hubiera contentado con una invocación jurídica general, remitiéndose a los "oportunos preceptos jurídicos que sean aplicables". Según la sentencia examinada "los actos o hechos que pueden dar lugar al despojo de una posesión o bien simplemente a una inquietud de la misma son distintos y distintas son, asimismo, las resoluciones que han de recaer; ese es el alcance y significado que tienen los arts. 446 del Código civil y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento, luego al actor incumbe determinar y escoger la acción derivada del derecho que considere lesionado"; pero en este razonamiento hay un error de lógica: de que los hechos que dan lugar al interdicto de retener o recobrar sean distintos, no puede deducirse que al actor incumba la determinación de la acción (sólo exigida por nuestra Ley a los efectos de la competencia), sino, a lo sumo, la determinación de aquéllos. Puede imponerse al actor la carga de exponer sin equívocos los hechos que dan lugar al interdicto, pero no la carga de su calificación jurídica, lo que vulneraría el principio *iura novit curia* antes aludido. De lo contrario, y aplicando idéntico razonamiento, habría que concluir que todo error o imprecisión en los meros fundamentos jurídicos de una pretensión perjudicaría al actor: si la aplicación de una norma *p* depende de los hechos *m* y la de otra *r*, dependen de los hechos *n*, el demandante que en virtud de *n* reclame, por error, la aplicación de *p* vería rechazada su demanda; en consecuencia: el Juez diría, como en el presente caso, que, puesto que *m* y *n* son hechos distintos, al actor incumbe la determinación correcta de la norma *p* o *r*. En definitiva, la equivocación del Juez en la sentencia analizada consiste en que extiende el principio dispositivo, al que expresamente se refiere cuando habla de los buenos principios de la rogación de la jurisdicción civil, a los fundamentos jurídicos de la pretensión y del fallo, por no darse cuenta de que la calificación jurídica es un problema de fundamentación jurídica y no de fundamentos de hecho o de petición. Desecha tal equivocación la actual demanda, en que el actor no ha vacilado en cuanto a la exposición de los hechos ni en cuanto a la formulación de las peticiones, sino sólo en cuanto a la subsunción en derecho de unas y otras, dando por ello a tal subsunción un planteamiento alternativo, es una demanda totalmente correcta y admisible, y, por el contrario, errónea la sentencia que la inadmitió recogiendo la excepción, aquí improcedente, del defecto legal en el modo de proposición.

V

LA DEMANDA ALTERNATIVA DE INTERDICTO DE RETENER O RECOBRAR

1. Con lo dicho hasta aquí bastaría, sin duda, para llegar a conclusiones definitivas sobre el punto sometido a consulta en el presente informe. Ahora bien como la duda se ha planteado en torno a un interdicto de retener o re-

cobrar y es posible hacer respecto a esta figura concreta algunas breves indicaciones que corroboren la tesis expuesta, dedicaremos un nuevo apartado del dictamen al examen de ciertos extremos que sugiere el tema en atención a la índole de la materia que lo origina.

2. Según es sabido las acciones posesorias que reconoce el Derecho procesal civil español se reducen fundamentalmente a dos tipos (dejando a un lado las figuras de dudosa naturaleza posesoria que son los llamados interdictos de adquirir, de obra nueva y de obra ruinosa), denominados, con una tradición histórica que hoy ya carece de significación dogmática, "interdictos": el interdicto de retener y el interdicto de recobrar.

En teoría, la diferenciación entre estos dos tipos se puede realizar sin dificultades. El interdicto de retener se da para la protección de una posesión que aun se conserva, pero que se halla en peligro o amenazada; el interdicto de recobrar se da para la protección de una posesión que no se conserva, sino que ha sido físicamente perdida, y el nombre correspondiente de una y otra acción posesoria revelan de modo suficiente su reciproca distinción. Llamando a la amenaza o peligro a la posesión "perturbación" y a su pérdida física "despojo", el artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil define la reciproca procedencia de una u otra vía interdictal, en forma alternativa, que asigna al interdicto de retener la defensa frente a una "perturbación" y al interdicto de recobrar la defensa frente a un despojo consumado.

Pero descendiendo del puro terreno de los principios, la práctica demuestra que, aunque la fórmula anterior sea conceptualmente correcta, su aplicación en la vida real no se verifica con toda la facilidad y sencillez que sería deseable. Especialmente en materia de derechos (derechos de índole real, para no plantear el problema de los derechos personales, de discutido acogimiento al campo interdictal), la naturaleza inmaterial del objeto de la protección posesoria no permite definir en muchas ocasiones con absoluta nitidez el interdicto utilizable por ser una tarea de delicadeza extrema y notablemente expuesta a errores la fijación ante un supuesto concreto de dónde termina la perturbación y dónde comienza el despojo, o a la inversa. Una exigencia de separación rigurosa entre uno y otro proceso posesorio acarrearía constantes y enojosos problemas de aplicabilidad del tipo elegido, con la multiplicación de las consiguientes nulidades.

3. Para evitar tales riesgos, la Ley de Enjuiciamiento civil, modificando el criterio seguido hasta su vigencia, acude a un sistema elogiable por su simplicidad: el de unificar el interdicto de retener o recobrar en cuanto al procedimiento ya que en todos los casos es la misma la vía procesal a seguir para obtener la tutela de la posesión: la que se establece en los artículos 1.651 a 1.662 de la Ley mencionada.

Ahora bien, puede afirmarse que esta unidad procedural de los interdictos no es más que el reflejo de una verdadera unidad material o substantiva que entre ellos existe; la defensa de una posesión es substancialmente idéntica, ya se dirija contra un mero perturbador o contra un verdadero despojante. En este sentido, REUS (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid 1909,

III, págs. 940 y sigs.) declara explícitamente tal unidad substancial diciendo que de los dos interdictos se ha hecho uno solo, que no pueden definirse separadamente y que si bien dentro de la Ley, por no estar la reforma tan clara como debiera, ha lugar a la duda sobre si se ha hecho una fusión completa o si sólo se ha querido refundir el procedimiento, como hay razones poderosas para hacer de los dos interdictos uno, debe creerse que esto es lo que se ha propuesto la Ley. El criterio de unidad substancial es también acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus antiguas pero no contradichas sentencias de 3 de marzo de 1880 y de 26 de abril de 1899, y lo mantiene la moderna doctrina; v. PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Madrid 1945, II, página 295; en cuanto a PRIETO CASTRO, si bien en el artículo publicado con el título *Interdictos de retener o recobrar* en la *Revista de Derecho procesal*, I, pág. 202, afirma que hace falta distinguir entre la perturbación y el despojo, se ve bien claro que esto se sostiene sólo respecto a algunas consecuencias secundarias del proceso, especialmente respecto a la posibilidad de la condena a la devolución de frutos o indemnización de daños, únicamente reconocida en el caso de interdicto de recobrar.

4. La consecuencia más importante que se desprende del criterio de la unidad de interdictos en nuestro derecho positivo consiste en su carácter perfectamente intercambiable, por así decirlo, y en la posibilidad de que indiferentemente unas mismas circunstancias den lugar a uno o a otro. Contra lo que defiende la sentencia analizada en este dictamen tendríamos, pues, en este caso, que no sólo militarán a favor de un planteamiento alternativo de la demanda las razones generales antes señaladas, sino las razones especiales de unidad substantiva que se acaban de reseñar. Y es interesante subrayar que en la práctica el caso se ha planteado con absoluta diafanidad, pues la segunda de las sentencias del Tribunal Supremo últimamente citadas, 26 abril 1899, ha declarado expresamente la licitud del fallo que se basa en un cierto tipo de interdicto a pesar de que ha sido el otro el interpuesto por el demandante. Si esto es así, ¿cómo puede dudarse de que, no ya el planteamiento erróneo, sino el planteamiento impreciso (en apariencia) que supone una formulación alternativa es admisible y no sólo permite, sino que obliga, al Juez a fallar recogiendo el tipo que él crea procedente dados los hechos relatados?

5. Queda así confirmada, por si necesitara mayor confirmación, la tesis de la admisibilidad de la demanda analizada, fundando dicha tesis, no ya en razones generales de perfecta aplicación, sino en razones particulares extraídas de la figura concreta de los interdictos que en la presente demanda se interponen. No queremos ocultar que, a nuestro juicio, el caso actual es de despojo más que de perturbación en la posesión, como lo demuestra no sólo el que los hechos refieren actividades constitutivas de verdadera privación más que de mera turbación de derecho, sino que las peticiones del suplicio aluden a "restituir" en el regular y pacífico disfrute de la servidumbre, mencionando luego verdaderos actos de reposición en el estado anterior, términos todos incompatibles con un simple interdicto de retener y perfectamente congruentes con el de recobrar. Pero dejando a un lado esta observación, lo cierto es que el acumular alternati-

vamente a la calificación jurídica de interdicto de recobrar la de interdicto de retener (como si se hubiera hablado sólo por error del segundo y no del primero o no se hubiera especificado ninguno de ellos) no perjudica a la admisibilidad de la demanda del actor.

VI

C O N C L U S I O N E S

1.^a En el derecho positivo español es admisible y está reconocida por la práctica, la jurisprudencia y la doctrina, la pluralidad alternativa de pretensiones (acumulación alternativa de acciones). Las razones que teóricamente se oponen a tal admisibilidad no tienen suficiente fuerza para establecer una prohibición que los textos legales no recogen de modo expreso.

2.^a Distinta de la pluralidad alternativa de pretensiones es la pluralidad alternativa de los fundamentos de una pretensión. Si se trata de fundamentos de hecho, la pluralidad es también admisible y tiene todavía menos fuerza que en el caso anterior las razones negativas. Si se trata de fundamentos jurídicos, supuesto en el que entra la calificación jurídica alternativa, la admisibilidad de la figura se deduce con toda evidencia del principio vigente en nuestro derecho procesal del conocimiento oficial de las normas de derecho por el Juez.

3.^a La demanda alternativa que se analiza en el presente dictamen no contiene una pluralidad alternativa de pretensiones, ni siquiera una pluralidad alternativa de los fundamentos de hecho de una pretensión. Encierra solamente una calificación jurídica alternativa, es decir, una pluralidad alternativa de fundamentos jurídicos. Su admisibilidad no puede, en consecuencia, ofrecer dudas, estando asimismo correctamente formulada la remisión de la alternativa al criterio del Juez, ya que es el Juez quien aporta y valora los fundamentos jurídicos de una pretensión sin sujeción al poder dispositivo de los litigantes y fuera por lo tanto, del llamado principio de rogación.

4.^a Las razones genéricas en que se basa la admisibilidad de la mencionada demanda quedan reforzadas, aunque no necesiten refuerzo alguno, por el hecho de haberse producido la alternativa en materia de interdictos de retener y recobrar, en que la unidad substancial de ambos tipos es expresamente sostenida también por la jurisprudencia y la doctrina.

5.^a En consecuencia, la sentencia del Juez de primera instancia que acogió la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y rechazó ésta sin entrar en el fondo es una sentencia que no se halla ajustada a derecho y debe ser revocada en grado de apelación.

La Audiencia territorial de Las Palmas, ante la que se planteó el caso en segunda instancia, aceptó plenamente el criterio expuesto en el anterior dictamen, considerando "que el actor puede acumular en la demanda cuantas acciones tiene contra el demandado y que, en virtud del principio de economía procesal, han de ser resueltas en la sentencia (arts. 153 a 159 de la Ley de trámites); que no existe en la legislación procesal civil, a semejanza de la penal, ningún precepto en que se faculte ni prohiba hacer peticiones alternativas o sea, la acumulación disyuntiva, y, por ello, no hay ninguna imposibilidad siempre que no sean incompatibles, caso que aquí no se da, para que puedan alegarse de esa forma, como cautela que no demostrará, en definitiva, sino poca seguridad en la razón de pedir; que actualmente, y en el caso presente de los interdictos de retener y recobrar, que hoy tienen la misma tramitación, no puede surgir ninguna dificultad procesal del ejercicio de uno u otro y aun de los dos conjuntamente, cuando, como en el presente caso, emanan de diferentes actos, que pueden ser unos determinantes del primero y otros del segundo, y que, en definitiva, pudo ser empleada la poco acertada fórmula de la súplica de la demanda al articular ambos repetidos interdictos para que el Juez declarase que ha lugar al interdicto de retener o de recobrar según su criterio, ya que dicho juzgador, haciendo aplicación del derecho a los hechos de la demanda, es el que declarará cuál de los dos es aplicable o si no es de aplicar ninguno de ellos", añadiendo "que en el presente caso, además de lo ya dicho, no hay pluralidad de pretensiones o acciones, puesto que seguidamente y en la súplica de la demanda, lugar en que, según sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1926, se determina concretamente la cuestión litigiosa sobre la cual ha de versar el juicio, hizo los tres pedimentos que allí se contienen; que con ello cumplió con lo establecido en el artículo 524 de la Ley de trámite, de fijar con claridad y precisión lo que pide, y de dichos tres pedimentos se llega, juntamente con la exposición de los hechos que son su base, a que aquí indudablemente se pretende un interdicto de recobrar, y que la fijación del derecho aplicable a los mismos es función propia y exclusiva del juzgador, quien del estudio de los autos y resultado de la prueba determinará cuáles sean los diversos fundamentos de derecho que pueden ser alegados, que como *causa pretendida* de que habla la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1941, o ya supliendo las omisiones del actor, han de ser aplicados", por todo lo cual "entiende este Tribunal que la excepción de defecto legal de la demanda no puede prosperar", y así fallé, efectivamente, absolviendo al actor de la excepción contra él articulada y entrando a resolver el fondo del asunto.

III. SENTENCIAS DE INSTANCIA

1. Arrendamientos urbanos: Subarriendo de vivienda sin autorización escrita del arrendador (art. 14).

SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1947¹

No constando por *escrito* tal permiso, aunque se obtuviese antes de la vigencia de la Ley, no legitima los subarrendos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de aquélla.

ANTECEDENTES.—Doña F. Carreras, arrendataria de una vivienda, venía cediendo su uso a diferentes y sucesivos subarrendatarios, durante varios años. Situado el piso aludido en San Sebastián, la inquilina le subarrendó, una vez más, en el verano de 1947 por la temporada estival. La propietaria, doña B. Urbistondo, solicitó la resolución del contrato de inquilinato, aduciendo como causa de su petición la carencia de consentimiento de la arrendadora para tal transmisión del disfrute. La demandada, entre otras alegaciones, opuso la existencia de autorización, verbal o al menos tácita, obtenida antes de iniciarse la vigencia de la Ley, de la anterior propietaria de la finca.

Del fallo, que decreta la resolución del arrendamiento, son antecedentes los siguientes fundamentos:

CONSIDERANDO que motivada la acción que se ejercita en este proceso por la existencia de un subarrendamiento, concertado sin autorización expresa y escrita del arrendador, es preciso resolver, en primer término, la tesis sustentada por la representación de la parte demandada, que sostiene que el desistimiento del actor, en un juicio de desahucio seguido por el mismo motivo, implica la concesión de aquel permiso, expreso y en forma escrita; porque, de aceptarse este criterio, habría de rechazar la demanda como totalmente infundada.

CONSIDERANDO que tal alegación es absolutamente insostenible, pues el desistimiento, como declaración de voluntad unilateral y de carácter *procesal*, por la que el actor exterioriza su propósito de abandonar la pretensión formulada no supone la renuncia al derecho en que esta se basa, sino, sencillamente, una voluntad contraria a la continuación del proceso, que, a su virtud, se *extingue*, sin alcanzar una decisión sobre el fondo, y, por ende, sin que impida al demandante iniciar de nuevo *otro sobre los mismos hechos*—Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1927—, ya que como queda iniciado, el abandono que encierra recae sobre la pretensión procesal y tiene sus límites en aquel *concreto* proceso, sin afectar para nada al derecho material en que

1. Esta sentencia y las dos que siguen se deben a la amabilidad de D. Vicente Marín Ruiz, y fueron dictadas en los Juzgados Municipales de San Sebastián.

aquella se funda; por lo que mal puede contener una autorización expresa para subarrendar un acto que ni siquiera comprende la renuncia a la posibilidad de solicitar la resolución del contrato por aquel motivo.

CONSIDERANDO que el art. 14 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos estatuye que «el subarriendo de vivienda exigirá siempre la autorización expresa y escrita del arrendador»; quien, al amparo de la causa segunda del art. 149 podrá solicitar la resolución del arrendamiento cuando el locatario infrinja aquel mandato.

CONSIDERANDO que esto establecido, antes de proceder al análisis de la prueba aportada, debe pronunciarse el Juzgador sobre una “*quoestio iuris*”: el valor que, para el nuevo ordenamiento legal regulador del inquilinato, tienen las autorizaciones para subarrendar, conferidas por el arrendador, antes de la vigencia de la Ley especial y sin constancia escrita; porque, si se estableciera que en el caso de haberse concertado nuevos subarriendos bajo el imperio de la repetida Ley, no tiene tal permiso eficiencia suficiente para evitar la resolución del contrato de locación, sería superfluo examinar los elementos probatorios, que, en el supuesto más favorable podrían acreditar un consentimiento—verbal o tácito—irrelevante a los efectos expresados.

CONSIDERANDO que la primera de las disposiciones transitorias del texto reiterado determina la retroactividad de sus preceptos sin otras excepciones que las que de ellos mismos resulten; norma que aconseja indagar si el aludido artículo 14 atenua, respecto a los subarriendos respaldados por una autorización previa al plazo de eficiencia de la Ley, lo que ordena con carácter general; y, lejos de encontrar tal derogación parcial, se percibe que destaca la necesidad de la escritura en todo caso, al exigir *siempre* tal requisito.

CONSIDERANDO que la carencia de virtualidad retroactiva del capítulo XI de la Ley—disposición transitoria 13.^a—no debe entenderse en un sentido absoluto, de inaplicación a los contratos de arrendamientos nacidos antes de la entrada en vigor de la Ley como podría deducirse, “*prima facie*” y al contrario, de los términos de la norma transitoria primera, al exceptuar el repetido capítulo de la declaración que esta disposición contiene; porque tal conclusión conduciría al absurdo de la inexistencia de causas de resolución para tales contratos, por otra parte sometidos al régimen de la Ley de Inquilinato—art. 1.^º y disposición transitoria 1.^a, especialmente—; razonamiento que evidencia la precisión de aceptar el criterio de que el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos quiso aludir solamente la retroactividad fuerte o de segundo grado del capítulo prohibiendo la invocación de las causas resolutorias cuando el supuesto de hecho de que se deriva su actuación se hubiese producido antes de regir sus preceptos, pero no al efecto retroactivo débil, o de primer grado que supone el sometimiento a la Ley nueva de las relaciones jurídicas, nacidas al iniciarse su vigencia, más sólo en cuanto a las consecuencias derivadas de hechos que tengan lugar ya dentro del plazo de su eficacia, admitiendo, por ende la alegación de tales causas resolutorias en cuanto a los contratos arrendatarios nacidos antes de que rigiere el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, si el motivo de resolución se consumó bajo el imperio de éste.

CONSIDERANDO que, por lo expuesto es indudable la procedencia de la resolución de los contratos de arrendamientos anteriores a la vigencia de la Ley,

por los suíos arriendos concertados con posterioridad sin autorización escrita, aunque estuviese facultado verbal o tácitamente para ello el arrendatario; ya que, si la Ley hubiese querido convalidar tales permisos, no escritos, pudo expresarlo en aquellos preceptos o en sus normas intertemporales; por el contrario, sobre no existir tal disposición excepcional, del examen de las transitorias 2.^a y 3.^a puede deducirse la equiparación en el tratamiento de las relaciones económicas derivadas de subarriendos meramente tolerados y de los originados por los permisos sin constancia por escrito: en efecto, ambas normas, lógicamente, han de comprender todos los supuestos de subarriendos, vigentes al publicarse la Ley, y, como no cabe encajar la regulación de los últimos en la disposición 3.^a, por su concreta y específica redacción, hay que aceptar se encuentran incluidos en la 2.^a, en atención a la fijesa y seguridad de relaciones que el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos persigue en estas normas de transición, para evitar que, actos de mera tolerancia, se interpretasen como un tácito consentimiento, o como elementos extrínsecos de deducción del expreso y verbal permiso contractual, por la difícil discriminación de tales hechos.

CONSIDERANDO que no es obstáculo al aserto de la expresada identificación, la referencia que, precedida de la conjunción adversativa "aunque", hace la disposición 2.^a a la falta de autorización para el subarriendo; porque, al hacer tal alusión la Ley se preocupa sólo de destacar que, en todo caso y a pesar de la ausencia de consentimiento, queda protegido el subarrendatario, si concurren las circunstancias de tiempo de duración e inactividad del arrendador que la Ley prescribe.

CONSIDERANDO que la solución expuesta, de privar de eficacia, para la legitimación de nuevos subarriendos, a las autorizaciones prestadas en forma no escrita cuando todavía no estaba en vigor la Ley especial, pugna la tradicional teoría del respeto a los derechos adquiridos, y con la doctrina de que las leyes sólo han de regular los hechos producidos durante su plazo de vigencia; más también es cierto que la irretroactividad de las normas es sólo principio general, susceptible de derogación, sin más límites que los que ellas mismas señalen—art. 3.^º del Código Civil—; por lo que no hay inconveniente en aceptar la conclusión indicada, toda vez que, la retroactividad fuerte o retroactividad en sentido propio, deja sin efecto hasta las consecuencias de hechos ya consumados, y resulta indudable ser ésta la verdadera retroactividad la que el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos impone, ya que sus supuestos de irretroactividad—disposición transitoria 13.^a—son casos de retroactividad débil: la del capítulo XI, por las consideraciones apuntadas; la del IX, puesto que, como se desprende de sus propias referencias a la regulación de la renta de los contratos ya vigentes al publicarse la Ley, son aplicables sus preceptos a los precitados negocios jurídicos, pero con trascendencia sólo en cuanto a los precios que hayan de satisfacerse desde que la Ley rija; la del capítulo X, que ha de aceptarse, por las mismas razones y alusiones de sus normas, que disciplina las relaciones consecuentes a obras posteriores a la Ley, derivadas de contratos en vigor antes de ser esta eficaz.

CONSIDERANDO que, asimismo, en el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos aparecen explícitos ejemplos de cercenamiento de derechos,

plena y lícitamente adquiridos—disposición transitoria 4.^a—, sin que sea de extrañar tal falta de aprecio a la autonomía de la voluntad privada, ejercida de conformidad a las normas entonces vigentes, si se tiene en cuenta que, como expresa el preámbulo de la Ley de Bases, pretende dar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas y que, movido por directrices de “orden social”, se desentiende “de lo que pudiera convenir a particulares intereses, que *inflexiblemente* quedan supeditados al bienestar de la comunidad nacional”; criterio que ha de sorprender menos aún respecto a la ausencia de protección al subarrendador, ya que califica el subarriendo de “inmoral y lucrativo negocio” que, “por la penuria de viviendas... se pretende evitar”.

CONSIDERANDO que no se justifica debidamente, por la parte a quien la carga de su prueba resulta atribuída, que el subarrendamiento de este verano se hubiese perfeccionado a finales del anterior, por ser insuficiente, a tal efecto, el simple testimonio de las personas que ocupan la habitación, vinculadas a la inquilina por tal motivo; sobre todo si se tiene en cuenta que, si se admitiesen en tal débiles medios de acreditar el concierto anterior de subarriendos, sería muy fácil a los arrendatarios eludir los preceptos legales burlando los intereses de los arrendadores.

CONSIDERANDO que tampoco es amparado tal subarriendo por el precepto excepcional de la disposición transitoria 2.^a, convalidador de situaciones de hecho atendibles por la *necesidad* del usuario de la vivienda; pues, aparte de su indiscutido carácter de contrato “de temporada”, a los que no tutela aquella norma —por su finalidad y por la retroactividad del art. 2.^a—, aunque se aceptase el criterio contrario al no estar el subarriendo en vigor—ni aun sumando los dos contratos con la señora Ruiz—con seis meses de antelación al 1.^º de octubre de 1946, sería inoperante la tantas veces citada norma 2.^a

CONSIDERANDO que la indicada naturaleza de temporada del contrato de subarriendo, no hace inaplicables los arts. 14 y 149—2.^a—a las relaciones entre arrendatario y arrendador; porque, si el art. 2.^a somete los contratos a que se refiere el régimen común, ello ha de entenderse, en este caso, en cuanto a las relaciones del subarriendo, es decir, entre subarrendador y subarrendatario, por ser éste el negocio jurídico que encaja en aquel precepto de exclusión, pero no que el arrendamiento *ordinario de que aquél dimana* sea excluido de la disciplina especial por consecuencia del segundo contrato; porque, sobre ser contrario a la lógica quedaría al arbitrio del arrendatario la alteración del régimen jurídico del arrendamiento, sin más que convenir subarriendos de temporada; y, esto establecido, es incuestionable que, como motivo de resolución —causa 2.^a, art. 149—ha de apreciarse igualmente el subarriendo ordinario que el de temporada, ya que ambos son verdaderos subarriendos y, “ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus”: además de que la conclusión que se obtiene utilizando este principio de hermenéutica, la confirma una razón práctica y de justicia pura; serían letra muerta los preceptos que tienden a restringir el subarriendo no autorizado por escrito, si los arrendatarios pudiesen subarrendar sin la concesión de tal facultad, por temporadas que, en forma interminente y con subarrendatarios no residentes con habitualidad en la población, permitirían tener la finca ocupada por tiempo indefinido.

CONSIDERANDO que la admisión del hecho primero de la demanda, en el co-

rrelativo de la contestación, hace imposible todo debate sobre el carácter ganancial o parafernial de la casa objeto de arrendamiento, cuestión que parece quiere suscitar la parte demandada al formular la posición novena; y, asimismo, la falta de personalidad que en dicha posición trata de apuntar la misma parte, al no haber sido denunciada oportunamente como excepción, no puede ser objeto de resolución, siquiera sea inexistente tal defecto, por cuanto la asistencia del marido al otorgamiento del poder general supone la licencia correspondiente.

CONSIDERANDO lo dispuesto en el art. 162 de la Ley Especial en cuanto a los plazos de desalojamiento.

CONSIDERANDO que la imposición de costas viene determinada preceptivamente por el párrafo último del art. 162 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con la regla VIII, de la Base X de la Ley de 19 de julio de 1944.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

Fallo: Que debo declarar y declaro haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento del piso tercero izquierda, de la casa número 35, de la Avenida de España de esta capital con apercibimiento a doña Francisca Carreras Díez de lanzamiento, si no lo desalojare en el plazo de seis meses; condenando a ésta al pago de las costas procesales.

Así por esta, etc.

2. Arrendamientos urbanos: Revisión de renta: Caducidad.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1947

La pretensión revisoria, para la adecuación de la renta pactada al precio legal no resulta afectada *en general*, por plazos de caducidad, que sólo se refieren a supuestos específicos y concretos.

ANTECEDENTES.—Doña J. Cincunegui y don R. Ramírez, como arrendadora e inquilino, respectivamente, concertaron la locación de una vivienda, en San Sebastián; fijando en 12.000 pesetas anuales la merced arrendaticia. El contrato se celebró el 15 de junio de 1947 y en él se facultó al locatario para alquilar las habitaciones que creyera conveniente. Dicha vivienda estaba ocupada por sus propietarios en 18 de julio de 1936; los que tributaban en tal fecha sobre una renta base anual de 900 pesetas señalada a tal fin por los organismos fiscales competentes. El arrendatario, en 24 de septiembre del mismo año, interpone demanda de revisión, solicitando que se determine judicialmente la renta legal. Los motivos de oposición del demandado se enuncian y rechazan en los párrafos siguientes:

CONSIDERANDO que frente a la solicitud de revisión de la renta pactada, que insta el arrendamiento, opone la representación del arrendador la libertad de estipulación del precio del arrendamiento, por tratarse de una locación de edificio para fines industriales y de explotación, regulada en el art. 5.^o y disposición transitoria 19 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Ur-

banos; y en todo caso, que la acción revisoria se promueve cuando ha caducado el derecho en que se apoya, por haber dejado transcurrir el plazo fijado para su ejercicio en el art. 120 del texto referido.

CONSIDERANDO que la primera de las defensas aludidas, aún si se prescinde de si es o no procedente la invocación de los mencionados preceptos, debe ser rechazada, por carecer de fundamento; ya que el hecho de autorizar al inquilino para "alquilar las habitaciones que crea conveniente", lejos de transformar la relación de inquilinato en un arrendamiento de local para negocio, encierra sencillamente la concesión al arrendatario de la facultad de subarrendar *la vivienda*, que no altera el régimen jurídico del contrato de arrendamiento, Sección 1.^a del Capítulo III del texto repetido.

CONSIDERANDO que la autorización para subarrendar no puede amparar una elevación de la renta tasada, según declara explícitamente el art. 19 de la Ley para evitar que, mediante la imposición de tal cláusula, pudieran los arrendadores eludir la aceptación del precio señalado con carácter necesario; por lo que el permiso para "alquilar habitaciones", es intrascendente a los efectos de impedir la revisión de la renta pactada, de acuerdo con los preceptos de los artículos 19, 128 y 11 del cuerpo legal reiterado; sin que pueda argüirse que el aumento del precio se confunda con la participación a que hace referencia el precitado art. 19, ya que esta equitativa fórmula de compensación presupone la existencia del subarriendo y obliga sólo al pago de la cantidad o porcentaje convenido, en tanto que aquel subsista.

CONSIDERANDO que descartada la eficiencia de la alegación examinada procede analizar si debe estimarse caducado el derecho a pedir la adecuación del precio real con el legal, por haber transcurrido tres meses entre la celebración del contrato y el momento de pretenderlo judicialmente, y ser éste el término preclusivo señalado en el art. 120 ya aludido.

CONSIDERANDO que el capítulo IX de la Ley de Inquilinato sustrae al libre juego de la voluntad privada la estipulación de la merced arrendaticia, al establecerla con carácter *necesario*, como renta *legal*, y sancionar con la calificación de *ílícita*, cualquiera modificación de la misma no autorizada por sus preceptos; sin que los pactos particulares produzcan efecto alguno derogatorio de sus normas, ni vinculen al inquilino, art. 11:

CONSIDERANDO que esto sentado, por no ser preciso que una norma expresa del texto confiera acción al arrendatario para solicitar la actuación de aquellas disposiciones puesto que el fundamento de su pretensión se deriva de la existencia misma del ordenamiento, resulta no sólo innecesario, sino erróneo, encajar forzosamente la facultad del locatario, para promover la declaración de la renta legal, en la acción revisoria atribuida por el art. 120 por el hecho de que este precepto la otorgue en forma explícita; ya que esta norma se refiere a un caso específico y concreto, diferente del litigioso.

CONSIDERANDO que tampoco cabe por analogía o extensión, aceptar la aplicación del plazo preclusivo de los tres meses para el ejercicio del derecho de solicitar la correlación entre la merced pactada y la que legalmente debe pagarse; pues si bien es verdad que los arts. 120, 130 y 131, establecen un lapso de tiempo de tal duración y a fines semejantes, para estabilizar las relaciones arrendaticias, es lo cierto que, sobre afectar estas disposiciones a supuestos de-

terminados, no es posible admitir plazos limitativos del ejercicio de los derechos que no se establezcan *expresamente* por las leyes máxime cuando tal admisión sería perjudicial para la parte protegida por la norma y contraria a su criterio informante de que, en todo caso, tenga plena efectividad su mandato, especialmente en cuanto a la fijación de las rentas; aparte de que, y ello es fundamental para este razonamiento, en los arts. 20 y 59 se concede al subarrendatario y al inquilino, respectivamente, acción para promover la revisión del precio del subarriendo, o de la merced arrendaticia, durante la *vigencia* del contrato, sin someter su ejercicio a plazo alguno en caducidad en relación con la fecha de celebración de aquél; de lo que se deduce, por encontrarse los titulares de tal facultad frente al subarrendador o al arrendador de vivienda amueblada en situación análoga a la del arrendatario frente al arrendador, que, para la normal revisión de la renta convenida, el espíritu de la Ley es contrario al establecimiento de términos que puedan obstaculizar, por la pasividad o descuido de sus beneficiarios, la eficiencia de sus normas en tal respecto; plazos que estatuye, en cambio, en los referidos preceptos de los arts. 120, 130 y 131, quizás en atención al carácter específico o parciario de sus supuestos de hecho.

CONSIDERANDO que la renta legal de las viviendas ocupadas antes del 18 de julio de 1936 se determina en función de la vigente en 17 de julio de aquel año y de la fecha del contrato en que esta se estipuló—art. 118—; norma que completa el art. 119, al prevenir el modo de fijarla cuando no sea posible precisarla en aquella forma a cuyo efecto apela a la declarada a efectos fiscales, como renta base que deberá prevalecer en todos los casos de discusión.

CONSIDERANDO que la ocupación de la habitación por su propietario debe asimilarse a la carencia de contrato a que alude el precepto últimamente citado, puesto que tiene el carácter de disposición supletoria y comprensiva de todos los supuestos en que el precio no puede señalarse atendiendo a lo ordenado por el artículo anterior; y, por otra parte su alusión a la renta declarada, no debe entenderse que en defecto de tal declaración, impida tener en cuenta la asignada oficialmente, por cuanto el art. 133 equipara ambas; y el criterio de recurrir a la atribuida como base del tributo a falta de declaración es conforme a la finalidad perseguida por el art. 119 de que, en todo caso, exista un punto de partida para la concreción de la renta legal.

CONSIDERANDO que, en cuanto a la procedencia de los incrementos autorizados en el art. 118, la necesaria correlación entre el fallo y la pretensión, exigida por el principio de la congruencia, hace superfluo todo discurso sobre la aparente antinomia del penúltimo párrafo del art. 120 con la 11.^a disposición transitoria; ya que, al solicitar la parte actora su aplicación, impide al Juzgador rechazarla, aún en la hipótesis de que fuiese esta la solución resultante del análisis de tales preceptos; por lo que sólo resta concretar el porcentaje, que se estima ha de ser el siete y medio por ciento, por arrancar de una renta vigente el 17 de julio de 1936, y no constar otros datos que los que pueda deducirse una conclusión contraria.

CONSIDERANDO que, en consecuencia de lo expuesto, debe declararse como renta legal aplicable, desde el nacimiento del contrato—art. 118 y disposición transitoria—, la de 900 pesetas anuales, incrementada en el siete y medio por

ciento de tal suma, más el 20 por 100 del total autorizado por el art. 120 del texto reiteradamente aludido; que deberá satisfacerse por fracciones mensuales, conforme a lo convenido contractualmente.

CONSIDERANDO que la imposición de las cosas procesales viene determinada preceptivamente por la regla VIII de la base X de la Ley de 19 de julio de 1944 invocada por el art. 162 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Vistos los preceptos citados y demás pertinentes.

Fallo: Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Eduardo Cobos, en nombre de D. Ricardo Ramírez García Marrón, frente a doña Juana Cinzunegui Aramendi, debo declarar y declaro que la renta legal del piso tercero derecha, de la casa número 6 de la calle Mayor, de esta ciudad es la de 900 pesetas anuales, incrementadas en el siete y medio por ciento de esta suma, más el 20 por 100 del total, desde la fecha del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes; con expresa imposición de las costas procesales a la demandada.

Así por esta, etc.

3. Arrendamientos urbanos: Locaciones «de temporada» (art. 2).

SENTENCIA DE 1 DE MAYO DE 1948

A) Proceso pertinente. B) Alcance del art. 2º de la Ley: a) Precisión y finalidad del concurso de las dos circunstancias en él aludidas; b) El carácter temporal, específico, es determinado por la disposición *contractualmente conferida*, y no por el uso que ulteriormente haga el inquilino, ni por sus móviles internos.

ANTECEDENTES.—Doña M. Odriozola y don E. Colás contrataron el arrendamiento de una vivienda, situada en San Sebastián, fijando su precio por meses, sin añadir ninguna estipulación respecto al término de la relación arrendaticia, o a la limitación del disfrute de aquella derivado. La locación se concertó en la primavera del año 1938, al llegar a dicha población el inquilino, como refugiado. Subsiste el arrendamiento y, en febrero de 1948, la señora Odriozola demanda, ante el Juzgado Municipal núm. 1 de San Sebastián, el desahucio del Sr. Colás: amparando su pretensión en la expiración del término contractual, por entender que el arrendamiento estaba limitado a la temporada de verano, ya que el inquilino residía habitualmente en Madrid y sólo ocupaba la vivienda objeto del desahucio durante la estación veraniega.

A la sentencia, desestimatoria, precede la siguiente motivación:

CONSIDERANDO que al pretender el actor el desahucio de la parte demandada respecto a la vivienda de que es locataria, por los cauces procesales, y al amparo de las normas materiales de la legislación común, por estimar que la

relación arrendaticia mencionada está excluida del ámbito del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos a virtud del precepto de excepción contenido en el art. 2º, las cuestiones litigiosas pueden ser planteadas en los siguientes términos: 1º Determinación del proceso adecuado a tal debate; esto es, si la controversia debió sustanciarse conforme a los trámites señalados en la Ley de Enjuiciamiento civil, o por los determinados en el texto referido; 2º En el supuesto de aceptarse la primera solución de las expuestas en forma de dilema, resolver si en el proceso especial de desahucio cabe indagar el carácter "de temporada" de la locación que dió origen a la contienda; es decir, si en este proceso sumario es lícito pronunciarse sobre la exclusión de tal arrendamiento del ámbito de aplicación de la Ley o, si por el contrario tal decisión excede de la finalidad y estructura de aquel juicio, y requiere la más amplia contención del proceso ordinario; 3º De pronunciarse afirmativamente en cuanto a la posibilidad de discusión de tal extremo en un juicio de desahucio, examen de la naturaleza del arrendamiento, o sea del concurso o ausencia de los dos requisitos a que el art. 2º del texto precitado condiciona su actuación; 4º En el caso de que se conceptúe como de "temporada" la locación y, por ende, regida por las disposiciones del Código civil análisis de la procedencia del motivo de desahucio alegado: expiración del plazo estipulado.

CONSIDERANDO que en cuanto a la primera de las cuestiones aludidas, es claro que, tanto en la Ley procesal común, como en la especial de arrendamientos, el juicio pertinente viene determinado en función de la pretensión ejercitada por el demandante, puesto que ella constituye el objeto del proceso cuyas formas y peculiaridades se establecen en atención a la entidad o particularidad de su *objeto*, inalterable, en cambio, por la oposición del demandado, que sólo es susceptible de modificar el *resultado*; en efecto, confróntese, por citar algunos, los arts. 483, 488, 489 y 1.561, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil y 160, 161, 162 y 180 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos y se apreciará que el procedimiento se fija siempre en relación con el objeto del proceso: la pretensión del actor, por cuanto tal significado tiene la alusión a la acción ejercitada o a la "demandada", ya que esta última expresión es empleada por la Ley también en el sentido de pretensión, por constituir normalmente ésta el contenido esencial de la demanda.

CONSIDERANDO que esto sentado, es llano que la presente litis se ha sustanciado correctamente, conforme a las normas procesales de la Ley común puesto que su objeto es integrado por una pretensión que no se ampara en los preceptos del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino en los de la legislación ordinaria, de acuerdo con la tesis del actor, que debe ser tenida como real a los efectos de adoptar el procedimiento en que ha de ventilarse la litis, sin perjuicio de que su falta de certeza conduzca a un fallo abolutorio: conclusión que explícitamente se desprende del art. 2º repetido, al decir que "los contratos en él definidos se regirán por *"las leyes procesales comunes"*", y que, si fuera necesario, se deducirían asimismo de los preceptos de los artículos 180—directamente—y 159 y 160—"a contrario"—que requieren, para que se sigan sus pautas procesales, no sólo que la locación sea de las reguladas por el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino también que la pretensión persiga la actuación en derechos *reconocidos* por la misma.

Ley; sin que pueda admitirse que la invocación de su art. 2.^º atraiga la aplicación de las normas procesales impuestas en el precitado texto porque, sobre excluirlo el propio precepto, es incuestionable que tal articulado no reconoce derechos sino que, al delimitar la esfera de eficacia de la Ley especial, simplemente niega los en ella atribuidos a los sujetos ligados por los vínculos a que se refiere, para cuyas relaciones proclama la plena vigencia del ordenamiento común.

CONSIDERANDO que si bien establece doctrina jurisprudencial constante que a la estructura sumaria y finalidad específica—esencialmente ejecutiva—del juicio de desahucio no convienen la discusión y declaración de derechos más o menos controvertibles, no cabe olvidar que tal limitación se contrae al debate sobre relaciones “*tan complejas* que no sea *racionalmente* posible apreciar su finalidad y transcendencia” en aquel proceso—sentencias, entre otras, de 16 de mayo y 9 de diciembre de 1947—y que, forzado el juzgador a “resolver respecto a la procedencia de la acción ejercitada en relación con los elementos integrantes del vínculo jurídico arrendatario, en que aquella se apoya”, el criterio excluyente y general, primeramente apuntado, ha de adquirir una mayor flexibilidad en los casos en que para cumplir la función indicada, y “poder precisar adecuadamente los términos exactos en que se desenvuelve el arrendamiento”, sea necesario admitir la proposición y discusión dentro del juicio especial de “cuestiones que relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca o del arrendatario para oponerse válida y eficazmente al desahucio, estén tan íntimamente relacionadas con el arrendamiento de que se trate”, que “afecten a los derechos y obligaciones del mismo derivados” de tal forma que sean determinantes de la razón del proceso, constituyendo supuesto indeclinable de la resolución estimatoria a que pudiera haber lugar, Sentencia de 20 de mayo de 1946.

CONSIDERANDO que sobre concretarse la materia de esta litis a la extinción de un simple y claro contrato de locación el problema suscitado, en orden a la aplicación de uno u otro cuerpo legal a la regulación de la vida del negocio jurídico, no puede ser estimado de tal complejidad que no permita razonablemente su análisis en este juicio; y como tal cuestión afecta a los derechos y obligaciones que del arrendamiento habrían de derivarse hasta el punto de ser determinante de la razón del proceso, y constituir supuesto indeclinable de la procedencia de la pretensión de desahucio, resulta obvia la justificación de un pronunciamiento respecto a tal extremo, conforme al criterio jurisprudencial expuesto en el párrafo anterior.

CONSIDERANDO que por otra parte, una solución contraria implicaría una interferencia del art. 2.^º en el juego normal de elección de los procesos estatuidos en la Ley común; puesto que, de hecho, sería superfluo el juicio de desahucio, ya que el actor se vería compelido a acudir a los procesos señalados en la Ley de Arrendamientos, o al menos al declarativo que marcase la Ley procesal sin más que el demandado discutiese la legislación aplicable, consecuencia inadmisible en todo caso; máxime cuando el art. 2.^º prescribe que los contratos en él definidos, incluso procesalmente—trascendencias de las diferentes dilaciones impuestas por recursos y plazos—, se rijan en absoluto por las disposiciones comunes: además de que la tesis aceptada sin privar al arrendador del ex-

peditivo instituto que, para resolver el contrato y recuperar la posesión, ha puesto a su disposición la Ley, encierra garantías para el locatario, que puede sostener los derechos de que se crea asistido promoviendo el correspondiente juicio ordinario.

CONSIDERANDO que esto establecido es patente la necesidad y oportunidad de fijar el sentido y alcance de la norma de exclusión contenida en el art. 2.^º del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos para cuya actuación el mismo requiere que, en las relaciones por él mencionadas, concurran dos circunstancias: una su limitación a una temporada específica, y otra, la no coincidencia del lugar de situación de la finca con el de residencia habitual del usuario; la primera, *subjética*, ha de conceptuarse como *fundamental*, por ser la determinante del tratamiento excepcional en atención a la voluntad particular y a los fines perseguidos en la contratación; la segunda, *complementaria*, opera como límite *objetivo* de aquella libertad de negociación para impedir que los transmitentes del uso, sin más que forzar a la otra parte a vincularse por temporadas específicas, dispusieren de una fórmula hábil para sustraer del ámbito del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos contratos que debían regularse a tenor de sus preceptos.

CONSIDERANDO que de lo expuesto se infiere que, en cuanto no se produzca el aludido concurso de condiciones, las relaciones contractuales habrán de someterse al régimen del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que, de aceptarse la hipótesis de que el arrendamiento no se limitó, en este caso, a la temporada de verano resultaría ocioso precisar cuál sea la residencia habitual del inquilino.

CONSIDERANDO que, en cuanto al primer extremo, hay que entender que la limitación en que la Ley centra la causa y la eficacia del precepto se refiere a los arrendamientos, subarriendos o cesiones, es decir, a los negocios jurídicos que técnica y vulgarmente reciben dicha denominación y que, por tanto, tal aclaración ha de afectar a la duración del vínculo y tiene que haber sido pactada bilateralmente, lo que se desprende como indiscutible de la propia redacción de la norma, ya que la repetida limitación se predica de los arrendamientos, subarriendos o cesiones y tales conceptos corresponden a figuras contractuales que no cabe confundir con el disfrute que las mismas autorizan, con lo que aparece como irrelevante a tal efecto que quien contractualmente adquirió y conserva la disposición del goce de la vivienda en forma distinta a la concretada en el art. 2.^º posterior y unilateralmente autolímite su utilización a temporadas determinadas.

CONSIDERANDO que esta tesis se deduce, asimismo, de la terminología del texto especial que en su art. 1.^º, al precisar la noción de los contratos que el mismo disciplina, equipara arrendamientos y contratos de arriendo en aras de la mayor sencillez de la expresión, identificación que exterioriza en preceptos ulteriores y en su preámbulo al decir que "de este modo se hallan encuadrados en uno y otro grupo cuantos contratos regula la Ley, quedando únicamente excluidos de ella los llamados de *temporada*"..., en los que "no existe razón para cohibir la libre voluntad de las partes en su *otorgamiento*", y que también se manifiesta en el Código civil cuando, bajo la rúbrica "del contrato de arren-

miento", define éste en los arts. 1.542 y 1.543 designándole simple y reiteradamente por la última denominación, y es que, lógicamente, no cabe atribuir sentido alguno a la palabra arrendamiento si no es anteponiendo el concepto de contrato, siquiera esta calificación no se haga explícitamente por suponerla comprendida en aquélla a través de una operación mental de síntesis.

CONSIDERANDO que, por otra parte, si la Ley hubiese deseado referirse a la ocupación limitada sin la menor dificultad pudo hacerlo constar así, del mismo modo que ha aludido a la ocupación real y no a la disposición contractual cuando lo ha estimado conveniente—verbigracia, norma transitoria 23—.

CONSIDERANDO que las anteriores conclusiones se apoyan fácilmente en los principios de derecho invocados por el actor "lex ubi voluit, ubi noluit tacuit"; "lex non omittit, sec quia dictus noluit"; "verba sunt intelligenda non secundum quod sonant, sed secundum mentem proferentis", etc., propiamente más adecuados para refutar su tesis que para afirmarla.

CONSIDERANDO que la interpretación sentada, si fácilmente se obtiene por caminos jurídico-gramaticales, se logra con no menor seguridad al recurrir a una indagación finalista en averiguación de la "ratio legis" de la exclusión contenida en el art. 2.^º: la Ley, informada en principios netamente sociales y supra-individuales, impone de tal forma a los contratantes—especialmente respecto al usuario: art. 11—un contenido obligacional tan inderogable que, de hecho casi podrían calificarse como *institución* los contratos a ella sometidos, por cuanto las partes sólo han de prestar su consentimiento para poner en marcha el negocio jurídico, cuya efectividad y transcendencia detalla minuciosamente el ordenamiento legal; pues bien, cuando éste ha estimado que las circunstancias que concurrían en las relaciones repetidas no exigían para éstas una normación imperativa, las ha abandonado al *libre juego de la autónoma voluntad de las partes* contratantes; por ello es equivocado sostener que, cuando precisamente la Ley se separa de su sistema preceptivo, por creer que "no hay razón para cohibir la libre voluntad de las partes"—exposición de motivos—, vaya a pretender la consecución de otra finalidad social procurando el desalojamiento de las fincas en favor de los más necesitados de ellas, máxime cuando la norma que es objeto de estudio afecta a la disciplina completa del contrato y no a su mera extinción y cuando hay una disposición—la transitoria 23—que, cautelosamente, a través de fórmulas más seguras y adecuadas a tal fin social, está dedicada, concreta y exclusivamente a su obtención.

CONSIDERANDO que de lo expuesto se deduce que el *límite temporal fijado en el "otorgamiento" del contrato*—expresión del preámbulo ya transcrita—es decisivo para la caracterización del negocio de locación como ordinario o de temporada, y que, por el contrario, supondría una violación y falta de respeto a "la libre voluntad de las partes", manifestada al celebrar el contrato, el derivar tal conceptualización del uso "de temporada" de la finca por quien cualesquiera que fuesen sus móviles internos, contractualmente adquirió y tienen la disposición ilimitada del goce de forma tal que en toda época tiene derecho a ocupar la vivienda o local.

CONSIDERANDO que tampoco es admisible alegar de adverso, como aduce el actor, que la limitación no puede ser de origen contractual. "entre otras razones

por la sencillísima de que el ordenamiento actual no exige el otorgamiento de contrato para la validez de los arrendamientos", ya que tal afirmación supone la confusión del contrato con su forma, pues es absurdo considerar siquiera que el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos pudiera haber prescindido de la existencia inicial de convenio—a "lo pactado" se refiere el artículo 2.º, en primer término—cuando lo que únicamente hizo fué aceptar el criterio espiritualista del Código común—arts. 1.278, 1.254, 1.261 y complementarios.

CONSIDERANDO que, asimismo, la parte demandante impugna la corrección de la tesis aceptada en esta sentencia con los razonamientos siguientes: que tal criterio no podría ser aplicado a los locales de negocio, que nunca se arriendan por temporada, ni tampoco a las cesiones, cuya especial regulación exige plazos excepcionales de legalización, incompatibles con los que presupone la "temporada" contractual y apriorísticamente estipulada y ni siquiera a "los mismos arrendamientos novados, valga la expresión, por ministerio de la Ley con la prórroga forzosa que hace imposible pueda darse la hipótesis de existencia de arrendamientos de temporada": apreciaciones infundadas: la primera, por cuanto supone una afirmación gratuita y contraria a la realidad; la segunda, porque olvida que la cesión "de temporada", cuando el cedente sea arrendatario sometido al texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sólo se regirá por la legislación común en cuanto a las relaciones entre cedente y cessionario y la última al no tener en cuenta que las locaciones concertadas antes de la vigencia del texto prealudido, si se celebraron limitando el arrendamiento a una temporada, pueden ser estimadas como de esta naturaleza, aunque luego el inquilino hubiese obligado al arrendador a la prórroga forzosa de la locación, ya que, a virtud de lo establecido en la primera disposición transitoria el art. 2.º les sería aplicable y, en consecuencia, recobraría todo su valor la voluntad manifestada por las partes al otorgar el contrato, siempre que éste se hubiese prorrogado por imperio legal y no por un acuerdo novatorio de los contratantes.

CONSIDERANDO, finalmente que el actor, en forma subsidiaria y para el caso de que se rechace su tesis, invoca el art. 13 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos para sostener que, en tal supuesto, ante el silencio de la Ley respecto a los arrendamientos no "limitados" contractualmente, pero cuya ocupación de hecho sea sólo de temporada habría de aplicarse analógicamente el art. 2.º, conforme al apotegma "ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet"; conclusión inexacta porque sobre existir la diferente razón apuntada—voluntad distinta de los contratantes—, es lo cierto que no existe el silencio legal aducido, ya que el art. 2.º es un precepto excepcional con respecto al 1.º y los casos no expresamente comprendidos en aquél resulan automáticamente previstos en éste.

CONSIDERANDO que de la doctrina de los párrafos anteriores se desprende, sin necesidad de examinar los restantes extremos, la improcedencia de la demanda, por cuanto el arrendamiento cuya resolución se insta reúne las características propias de una locación ordinaria—por contraposición a la "de temporada"—pactada por meses y sin limitación específica alguna, ya que como el mismo actor afirma, el contrato se celebró en abril o mayo de 1938 al precisar habitación el inquilino que llegó a San Sebastián en calidad de refugiado, sin concretarle a la

temporada de verano sea cualquiera el destino que ulteriormente dé a la vivienda el arrendatario.

CONSIDERANDO que los gastos procesales deben atribuirse preceptivamente al actor, conforme a lo dispuesto en el art. 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Vistos los preceptos citados y demás pertinentes.

Fallo: Que desestimando la demanda formulada por doña Manuela Odriozola y Gorosábel frente a don Enrique Colás, en solicitud de que se desaloje del piso segundo de la casa núm. 15 de la plaza del Buen Pastor de esta ciudad, debo declarar y declaro no haber lugar a decretar el desahucio de la parte demandada, con expresa imposición de costas a la actora.

Así, por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

IV. NOTAS CRITICAS

Perspectivas de regresión

(Acotaciones al «Diritto processuale civile» (Padova, 1948) de S. Satta)

JOSE LOIS ESTEVEZ

I

1. El ilustre procesalista genovés, cuya *Teoría y práctica del proceso* ha resonado en más de una ocasión con clamor de polémica, ofrece ahora en una nueva obra madura y fuerte, el fruto de sus conocimientos y de su experiencia.

Basta un examen superficial del índice para conocer el alcance revolucionario de esta novísima producción, que parece contener un alegato en cada epígrafe. El libro de Satta es, ante todo, un libro de *tendencia*. Su significado en cuanto tal y las cuestiones fundamentales que luego acomete imponen como necesario un estudio crítico detenido y cuidado.

2. La primera cuestión deriva de la forma. En efecto, a pocas líneas de entrar en la *Presentación* se encuentran vertidas estas ideas: "Este libro es totalmente *ajistemático*, si por sistema se entiende la reducción de la realidad a principios abstractos, es decir, la construcción jurídica, contra la cual ya fulminó Ihering sus anatemas para que sea necesario repetirlos ahora." De acuerdo con tales propósitos, Satta acomoda su exposición a la marcha del Código procesal italiano, que sigue palmo a palmo, bien que haciendo surgir, como de paso, las interpretaciones teóricas indispensables.

3. No es de extrañar que la Ciencia jurídico-procesal italiana acuse hoy, como a su tiempo la alemana, cierto escepticismo conceptual. Por espacio de medio siglo, y en un esfuerzo de superación sorprendente, ha elaborado una larga serie de teorías, tratando de hallar explicación definitiva de los fenómenos a que da lugar el proceso. Todos estos esfuerzos, que condujeron—nada menos—a la maravilla legislativa del Código procesal, no han dado satisfacción completa de los problemas teóricos. Y es natural, por ello, que se deje sentir un cierto asomo de cansancio. Hay ya tal cantidad de materiales acumulados que, al mismo tiempo que se hace precisa una síntesis depuradora, se hace, también, temible la prolongación de las actividades especulativas.

En estos términos, la situación actual de la Ciencia jurídico-procesal italiana, de que la obra de Satta no es más que un exponente, tiene una explicación fácil como reacción crítica frente a la gigantesca acumulación de datos teóri-

cos. Cada ciclo en la Historia de la cultura se cierra con un balance del debe y el haber de su obra. La diferencia es el legado que se transmite al siguiente período. Y esto es lo que empieza a ocurrir en Italia: A los *descubridores* están a punto de suceder los *críticos*.

Llega, pues, desde Génova una recia actitud de crítica que afecta, incluso, a la disciplina metodológica del proceso. Por lo cual, antes de entrar en el análisis del planteamiento original de algunos problemas, es menester discutir las premisas que sirven de soporte a las nuevas ideas. Pero previamente hay que retroceder un poco en el curso genético de las cosas.

II

I. El año 1937 (en RDPC, I, págs. 32 ss., y luego recogido en *Teoría e prattica del processo*, 19.º, págs. 147 ss.) publicó Satta un artículo que llevaba por título *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*. Su argumento era una dura crítica de uno de los dogmas primarios de la Ciencia procesal reciente: la concepción publicística del proceso.

Alegaba entonces Satta que el concepto de relación jurídica no debía ser acogido en el sistema de la Ciencia procesal, pues importa, además de un error teórico, consecuencias prácticas perniciosas, interpretando equívocamente, con un sentido publicístico irreal, instituciones como la cosa juzgada, la litispendencia, la perención y los presupuestos procesales.

Mas no era esto lo peor—a su juicio—, sino la premisa inicial, que daba por supuesta la incertidumbre del derecho durante el proceso, en contraste con su efectiva subsistencia como presupuesto de la acción. Según él, tal incertidumbre no es una cualidad inherente al derecho por la cual lo que antes era derecho se transforma ya en otra cosa diversa, sino una situación completamente subjetiva derivada de la intervención de un tercero extraño a la relación.

También es recusada por Satta la tesis que ve en el proceso una finalidad publicística, porque—alega—si el proceso es un modo de ser, o mejor aún, un modo de devenir, no puede tener una finalidad: la finalidad la tiene únicamente el que actúa. El fin público del proceso hay que deducirlo de un interés que tuviera el Estado en la declaración procesal, y aun así, tal opinión resulta inconsistente. En efecto, si el interés del Estado se hace consistir en la composición de la litis, tal interés no se tutela a través del proceso, sino con anterioridad al mismo mediante la prohibición del ejercicio arbitrario de las propias pretensiones y la institución de la función jurisdiccional... A lo más el interés del Estado puede consistir en la *justa* composición de la litis, es decir, en dar la razón al que la tenga. Ahora bien, dar la razón al que la tenga, ¿qué otra cosa significará si no es el tutelar el interés de quien tiene derecho? Pero entonces el objeto del proceso, ¿no será propiamente la tutela de ese interés y no ya el interés del Estado en que sea tutelado ese interés? Como se ve, la misma extrañeza de la fórmula denuncia su inadmisibilidad.

Como conclusión de sus razonamientos afirmaba Satta que la jurisdicción no era más que un medio de tutelar un interés privado y que la tutela de los intereses de parte era el solo elemento esencial del proceso.

Después de este ataque a la concepción publicística, la discusión era inevitable. Una polémica incisiva entre Cristofolini y Satta (RDPC, 1937, págs. 105 ss. y 288 ss.; Foro It., 1937, IV, págs. 276 ss.) sometió a juicio la calidad de las ideas expuestas y llamó la atención sobre otros problemas latentes que, algún tiempo después (RDPC, 1939, I, págs. 12 ss.), Calamandrei se avino a revelar. Prescindimos de otras ramificaciones de la discusión para afrontar el nuevo punto de vista.

2. Cuando una idea de orden epistemológico es científicamente anunciada trasciende siempre a todos los campos del conocimiento y puede llegar a ser la clave del pensamiento de una época. El descubrimiento de las geometrías no-euclidianas, realizado en 1830 por Bolyai y Lobachevsky, y la memoria de Riemann *Sobre las hipótesis que sustentan los fundamentos de la geometría* produjeron una revolución tan decisiva en la ideología del siglo XIX que todavía no nos hemos repuesto de su influencia. Era natural—y así fué—que las Ciencias físicas experimentaran en primer lugar los efectos de este gran cambio de perspectivas. Y así la teoría de la relatividad significó bien pronto su acomodación a las nuevas ideas. Del mismo modo, le ha tocado ahora el turno al Derecho.

Ha sido, como dijimos, Calamandrei quien enuncia fundamentalmente la relatividad de algunos conceptos jurídicos esenciales. La ocasión se la dió, tal vez, la polémica Cristofolini-Satta. En un importantísimo artículo (RDPC, loc. cit., 1939) sobre *La relatividad del concepto de acción* sostiene que no es posible dar con una teoría sobre la acción que sea verdadera a expensas de todas las otras. Al contrario, el concepto de acción está ligado indisolublemente a las premisas políticas de cada legislación en su circunstancia histórica. La relación entre interés privado e interés público condiciona cada teoría, de modo que el incremento de cualquiera de los términos del binomio, modificando la proporción de equilibrio entre ambos, repercute inmediatamente sobre el punto de vista con que han de explicarse. El concepto de acción carece, pues, de valor absoluto.

Posteriormente en sus *Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código*, reinsiste en su tesis y la extiende además al concepto de jurisdicción (Trad. Sentís, págs. 175 ss., 34 ss.).

La opinión de Calamandrei ha ejercido indudable influjo en Italia (vid. por ejemplo, Zanzucchi: *Diritto processuale civile*, I, 1947, págs. 4 y 5 y 51-55), y no es extraño que haya producido diversas consecuencias. La relatividad afirmada de algunos conceptos jurídicos se puede, con las mismas razones, extender a muchos más; a todos los que sean deducibles de principios políticos primarios. Emparentada, pues, con esta manera de ver está la actual salida de Satta.

3. En efecto. Si afirmamos la relatividad de los conceptos primarios, y, por tanto, la supremacía de la regulación positiva concreta, ¿por qué ir más allá de las prescripciones legales? Toda investigación, en ese supuesto, debe quedar lógicamente limitada por las categorías de la Ley. No existirá entonces motivo para propasarse al conceptualismo. Relatividad por relatividad es mucho más segura y duradera la del legislador que la de los teóricos.

En resumen: la Ciencia jurídica vuelve a encararse, por obra y gracia de Satta, con este dilema: o exégesis pura o riguroso conceptualismo. Satta se decide por lo primero. A nosotros nos parece necesario lo último. Sumariamente expondremos las razones y los remedios atinentes.

4. Los que afirman la relatividad de algunos conceptos jurídicos parten de una observación exacta, pero desorbitan su significado cuando la interpretan. Es cierto que la evolución de las ideas políticas ha proyectado una influencia modificativa sobre determinados conceptos jurídicos. Es cierto que todo concepto es originariamente relativo, puesto que se forma como resultado de una relación. Pero de aquí no es lícito extraer la consecuencia de que no pueda existir una teoría verdadera a expensas de las otras, porque tal aseveración carece de sentido. Sólo de los hechos se puede afirmar la veracidad o la falsedad; las teorías son sólo suficientes o insuficientes. El concepto es una *representación* de la realidad, y su valor, por tanto, radica en que permita plenamente hacerse cargo de ella. Y así hay conceptos mejores o peores que otros. La validez de un concepto dimana de su procedimiento constitutivo. Si está por eso construido con ferrea vinculación a las realidades políticas, naturalmente dependerá de ellas. Pero, en cambio, si está inspirado en categorías constantes que sobrevivan a los vaivenes políticos, se mantendrá incólume, conservando su poder explicativo.

Sea, por ejemplo, el concepto de acción. Si lo definimos apegándonos a las premisas de la legislación positiva, será hechura de ellas y experimentará todas sus incidencias. Por el contrario, si lo definimos deduciéndolo de una consideración universal del Derecho, lo dejaremos a salvo de toda mutación. Tendrá un valor lógico absoluto, si bien subordinado a la exactitud del concepto utilizado de Derecho.

Para la exposición de la Ciencia jurídica no quedan, según esto, más que dos recursos: o elegir un punto de vista abstracto desligado de los principios políticos, o prescindir de todo apriorismo lógico y ceñirse estrechamente a los cánones de la Ley. El primer sistema ha sido el patrimonio espiritual de nuestra Ciencia jurídica durante varias centurias; el segundo se ha seguido en Roma y lo cultivan hoy, entre otros, los juristas ingleses y norteamericanos. No vacilamos en recusar el último procedimiento e intentaremos justificar nuestra actitud con una demostración adecuada.

Supongamos definido el Derecho desde un determinado aspecto de la realidad jurídica, de modo que la definición resulte incompleta. Procediendo lógicamente estudiemos, a partir de esta definición, las diversas manifestaciones de lo jurídico. Con esto habremos realizado un estudio científico del Derecho (tal como lo hemos supuesto); *pero sin agotar con ello la realidad jurídica*, puesto que la definición era, por hipótesis, incompleta. Sin embargo, a pesar de su limitación será útil, porque proporciona una apreciación de las cosas que puede servir para la vida.

Pero supongamos también que al lado de esta definición colocamos otra y otra y otra, etc. Siempre que los aspectos considerados sean distintos y las propiedades predicadas, auténticas del Derecho, ocurrirá que cada nueva definición irá completando la visión de la realidad jurídica, y su utilidad será así

creciente. Si el número de propiedades que integran el Derecho es limitado, llegará un momento en que el concepto de Derecho quedará completo. En otro caso se producirá hacia él una aproximación indefinida.

Prescindiendo ahora de este problema, abordaremos la cuestión esencial. Cada vez que, con relación a una definición, aparezca un nuevo punto de vista se hará necesario reajustar ésta, *ampliando su grado de abstracción*, o lo que es igual, el alcance de la comprensión del concepto. Luego es indiscutible que si el concepto es valioso por su *representabilidad*, su valor es función de la potencia abstractiva, lo cual evidencia que la ley fundamental del conocimiento es el *progreso de la capacidad de abstracción*. Esto explica que el supremo rigor de una Ciencia esté en el carácter matemático de sus explicaciones (1).

Se demuestra así que la dirección exegética no pasa de ser el humilde punto de partida de una investigación científica. El amontonamiento de teorías que, hoy por hoy, es normal en el Derecho, no debe conducirnos a una regresión hacia posiciones ya superadas. Lo que procede, por el contrario, es deshacerse de todo equívoco utilizando también en el Derecho la instrumentación depuradora de una lógica matemática.

III

1. Prescindiendo de los reparos sistemáticos que cabe dirigir a la obra de Satta (que serían gravísimos si en lugar del CP. italiano diera con nuestra LEC), hay también que comentar indudables aciertos. Así, por ejemplo (en la página 53), ante el problema de la capacidad escribe (2): "Se suele distinguir la capacidad en capacidad de parte y capacidad de estar en juicio, observando que la primera corresponde a la capacidad de derechos y la segunda a la capacidad de obrar. La distinción es fruto de un evidente mal entendido, porque la capacidad para ser parte no puede ser más que la capacidad para estar en juicio." Tal opinión creemos que debe seguirse. Ante el proceso interesan dos categorías personales: la de los capaces y la de los incapaces. No hay motivo para complicar el mecanismo de la personación procesal con conceptos innecesarios. El principio de economía debe aplicarse lo mismo al proceso que a la Ciencia procesal.

Y poco después (pág. 56), ante el problema de la *sustitución procesal*, rectifica también con acierto, la doctrina común: "Es muy probable que el legislador, al referirse a la sustitución como caso en que "en nombre propio se hacen valer derechos ajenos", haya querido con esto señalar una diferencia con la representación, en la cual, sin duda, se actúa en nombre de otro. Ahora bien, si el legislador se hubiese preguntado por el fundamento de este actuar en nombre pro-

(1) Una demostración matemática de estos principios se da con detalle en nuestra *Teoría de propiedades*, todavía no impresa, pero que lo será en fecha próxima. De momento sería inoportuno—e imposible—exponerla aquí.

(2) Las transcripciones de textos, a pesar del entrecamilleado, no son, casi nunca, una versión literal. Más bien son una síntesis, realizada con las palabras del autor.

pio un derecho ajeno, no hubiera podido menos de contestarse que ese fundamento era simplemente un derecho, y, por tanto, no un derecho ajeno, sino un derecho propio. El término *sustitución* es, pues, una palabra sin sentido."

"La verdadera explicación de este fenómeno está en un supuesto—y no anormal—de relaciones jurídicas concomitantes."

Es también aceptable su posición sobre el deber *jurídico* de decir la verdad en el proceso, que, como regla general, rechaza, pues no se puede imponer a la parte que obre directamente contra su propio interés (págs. 63 y ss.); lo que coincide con la tesis sostenida en nuestra *Teoría del fraude* (págs. 93 y ss.).

Y así podríamos extendernos en la enumeración de otras opiniones que sería conveniente compartir; por ejemplo, su criterio restrictivo en materia de actos procesales (págs. 114 y ss.).

2. Todo esto basta para evidenciar una cosa, de por sí ya evidente. Que el método de Satta puede servir muy bien para tratar una serie de cuestiones de detalle, dimanantes de problemas interpretativos. ¿Pero tiene el mismo éxito para lograr una *representación* de los fenómenos procesales que sea útil como explicación cabal del mecanismo del proceso? Veámoslo.

Tres son los términos que expresan fundamentalmente la esencia de las operaciones típicas del proceso. Son el concepto de acción, la prueba y la ejecución. Conozcamos la opinión de Satta en cada uno, encabezándola por su síntesis lógica, que debe ser el concepto de proceso.

El concepto de proceso tiene en Satta—de acuerdo con su "sistema"—una importancia tan disminuida que apenas se trata con una ligera mención, antes de la teoría de los actos procesales. "Proceso es un término de la vida común que indica el decurso de un hecho. El proceso por antonomasia, en el cual se concreta la voluntad de la Ley (*processus judicij*), es el modo necesario con el cual esta concreción deviene, y puesto que tal devenir es, y no puede menos de ser, obra de algunos sujetos, el proceso se presenta, externamente, como una serie de actos, ejecutados por aquellos sujetos y ligados uno a otro por un nexo de coordinación a un fin. En realidad, el proceso es, mejor, una serie de modificaciones, de pasos, de situaciones, que encuentran en aquellos actos su causa y su condición" (págs. 113 y ss.). Satta no investiga más allá. Lo trascendente no le preocupa. Se ciñe a lo "positivo". Y, naturalmente, le queda por decir poco más que eso. Los problemas ligados al concepto de proceso son prescindidos; ni siquiera se concede lugar al tan decisivo del objeto. Para Satta toda doctrina acaba, al parecer, al lado mismo de una prescripción legal. Lo que excede de aquí, o lo juzga ocioso o bizantino.

Sin embargo, Satta se propone ser lógico. Ciento que los hombres positivos rara vez lo son; pero él es el que se exceptúa. Sabe ser *concretista* y estrecharse a la lógica. El modelo de su metodología es, en el acierto, el estudio sobre la acción. He aquí sus capitales afirmaciones acerca de este tema: "El artículo 2.907 C. c. (italiano), afirmando que *a la tutela jurisdiccional de los derechos provee la autoridad judicial ante demanda de parte*, sitúa esta demanda como la manifestación de un *poder* que tiene la parte para la tutela de su propio derecho."

"Este *poder* es la acción; cosa distinta del Derecho; pero de él inseparable. Es el *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, el poder de provocar deter-

minados efectos jurídicos que—excluido el sentido penalístico—se pueden llamar *sanciones*; esto es, modificaciones jurídicas dispuestas en la Ley a previsión de un estado de hecho no conforme a derecho..."

"No se puede dudar en realidad que, reducida la acción a un poder procesal, sea algo unitario y autónomo; pero si se le da el contenido concreto que le atribuye la Ley cuando la concede, es decir, si se admite la preexistencia de la acción al proceso (así como preexiste el derecho), entonces hablar de autonomía de la acción, en el sentido de que esté desvinculada del Derecho y no lo tenga como indefectible presupuesto carece de significado."

"Si el reconocimiento del poder de acción es legítimo, no se debe, por otra parte, olvidar que en sí y por sí la acción no es un poder ni un derecho, sino pura y simplemente acción. Frente al *jus persequendi* la acción es la *persecutio*, y por tanto, en definitiva, un mero hecho. Como tal no se puede definir más que por sí misma."

"Ahora bien, la característica de esa *persecutio*, de esa acción, es su jurisdiccionalidad, o sea el procurar, a través del proceso, un efecto jurídico a cargo de otra persona. Así postula la afirmación de un deber y, por tanto, de un poder para provocar el efecto tuitivo; pero ni la existencia del derecho ni la exigencia del poder son condiciones de la acción, sino de la sentencia favorable. Como fundamento de la acción no está el derecho, sino la *pretensión*, que es una tendencia de la voluntad hacia un efecto jurídico; sólo después del juicio se sabrá si la pretensión era fundada o infundada."

El haber descuidado la distinción entre la acción como poder y la acción como hecho es—según Satta—la causa de la confusión que domina en torno a este concepto (págs. 74 y ss.).

Respecto al problema de la prueba, Satta sigue la misma línea que para la noción de proceso. Esta afirmación suya le sirve de justificación: "La prueba no es en sí y por sí un concepto, y menos un instituto de carácter procesal." Ante tal modo de entenderla, no es extraño que Satta no se deslinde apenas de las disposiciones positivas. "En el proceso—continúa—las pruebas son buscadas, percibidas, adquiridas, valoradas; pero todo esto presupone la existencia de la prueba, y excluye, por tanto, que ella sea un mero hecho o una mera actividad de carácter procesal." Lo que no se concibe es que Satta vea en ciertos medios de prueba, v. gr., los documentos, algo que pueda subsistir independientemente del proceso. A tal resultado conducen, indudablemente, sus afirmaciones. Satta estudia la regulación legal de la prueba; pero no concede espacio al problema funcional de la misma, uno de los temas centrales y básicos del proceso. Aquí se acusa singularmente lo que en otros puntos tan sólo se insinúa: la insuficiencia metodológica de los criterios exegéticos en el campo jurídico (págs. 194 ss.).

Con relación al tercer problema—la ejecución—, Satta, que ya había escrito una magnífica monografía tratándolo, es mucho más explícito. Arranca de un concepto de la *ejecución forzosa*, como medio jurídico con el cual se da satisfacción a un interés. La ejecución forzosa supone, según él: I) la violación de un derecho; II) la invasión de esfera jurídica ajena; III) la satisfacción del interés que forma el contenido del derecho, o más simplemente, la consecución del objeto del derecho. Este último elemento es característico de la tutela ejecutiva y la distingue de las otras formas de tutela jurisdiccional del Derecho.

La potestad jurisdiccional, que permite conseguir un bien contra la voluntad del obligado, tiene *a parte subiecti*, un poder de igual contenido, que es la acción ejecutiva. Esta puede definirse como el *poder de conseguir la satisfacción de un interés por medio de los órganos ejecutivos*.

"La acción ejecutiva tiene la misma naturaleza que la acción ejercitada en el proceso de cognición. Es la misma acción que persigue la satisfacción del interés, después de haber perseguido el instrumento jurídico necesario para ello (sentencia favorable). Como aquélla, está ligada al derecho subjetivo por la misma relación de carácter sustancial" (págs. 353 y ss.).

3. Estas investigaciones de Satta—por otra parte de tanto interés—pueden utilizarse como excelente base impugnativa de sus propias ideas. Al resultado a que él llega, que escinde dualísticamente la acción de la pretensión y que tiene en cuenta el carácter meramente táctico de la *persecutio*, se puede llegar mediante el empleo de un método diametralmente opuesto. Por simple inferencia, a partir de una definición de Derecho procesal, se alcanzan consecuencias semejantes. Lo único que, desde luego, es inasequible de este modo es la identificación entre acción declarativa y acción ejecutiva, que no cabe lograr, lógicamente ni en esta forma ni en la otra. Si el proceso es, primariamente, una *función*, una *organización* presidida por un *designio*, que vincula conductas humanas, existe siempre la posibilidad de crear conceptos previos, guiándose precisamente por lo que esa *función* y ese *designio* significan.

Supongamos—desde una perspectiva lógica—que los juicios jurídicos versan sobre *relaciones de compatibilización*. De esta simple categoría, extraída de la esencia relacional del Derecho, se deduce, sin más, toda una serie de consecuencias principalísimas. Ante todo, para que la función compatibilizadora se realice, el Derecho precisa ser *actividad* tanto como *norma*. La norma preside la compatibilización; pero ha de contar con las voluntades subjetivas para lograrla. Así, caso de disidencia, sin operaciones reintegradoras el orden sucumbe. Se requiere, pues, una *actividad*—norma operante—para que la *constante de orden*, consustancial al Derecho, subsista. El Derecho procesal encarna ese sistema de actividades; el proceso las manifiesta. Y por eso se integra de actividades: una, reproductiva; otra, discriminativa; otra, ejecutiva. Por la primera se da a conocer la *interferencia*, cuya discriminación es el objeto del proceso, según resulta de la incompatibilidad entre una *pretensión* y un *equivalente jurídico*. Por la segunda se discierne la preferencia de los términos mediante la valoración de todos los equivalentes jurídicos aportados. Por la última, si es necesario se lleva a efecto la decisión de preferencia. (Por eso, el proceso es *reproducción jurídica de una interferencia para su discriminación eficaz*).

La *pretensión*, que inicia el proceso, es un derecho a la actividad discriminativa, *pero nada más*. De ahí la eventualidad del resultado de la litis. Por otra parte, ese derecho está condicionado a la realización por el que lo ejerce de la parte concerniente de actividad reproductiva. Al término de este estadio procesal el juicio de compatibilización—la teoría jurídica—concluye; pero comenzará la compatibilización efectiva. Surge entonces la acción—nombre reservado a la ejecutiva—como derecho subjetivo postprocesal encaminado a la eficacia práctica del pronunciamiento. Es un derecho a otra actividad, ejecutiva, no cognoscitiva;

no teórica, sino pragmática. Y es tan distinto el contenido de la pretensión del de la acción que sólo encuentran un punto de contacto: el ser premisas de una actividad. Sus consecuencias, por el contrario, son enteramente dispares pues mientras la pretensión, por sí sola, no influye sobre la realidad jurídica, la acción tiene siempre eficacia modificativa. La pretensión puede ser *fundada* o *infundada*, es decir, estimarse o no conforme a derecho. En la acción no se da este problema: la acción y el derecho son una misma cosa. La disconformidad entre la declaración normativo-material y la resolución judicial produce, como consecuencia, la expropiación por necesidad pública del anterior derecho subjetivo (efecto de cosa juzgada), con lo cual acción y derecho permanecen idénticos. De este modo, los fenómenos procesales concretos quedan explicados desde una abstracción con eficacia,análoga y sin despojarse de su universalismo (1).

4. En resumen las impresiones sugeridas por la obra de Satta se pueden reducir a una sola. El autor logra extraer de una dirección exegética cuanto la dirección exegética puede darle. Pero todos sus esfuerzos son incapaces de conseguir un enfoque trascendental de los temas. Lo aprovechable de su obra es la labor crítica, que, ciertamente, es de valor extraordinario. Con todo, frecuentemente, sus intentos y resultados constructivos quedan circunscritos en el ámbito de la legislación italiana. Es esta falta de conclusiones universalmente válidas, lo que nosotros le reprochamos como demostración práctica de la superioridad de una sistemática conceptualista. La Ciencia procesal italiana sin ella no habría podido ejercer jamás el influjo de que hoy puedepreciarse.

(1) La exposición detallada de estas ideas en *Proceso y Forma y Teoría de la expropiación procesal* (R. D. Priv., diciembre 1948). Una visión de conjunto en *Contenido esencial de la ciencia jurídica* (Arbor, enero 1949).

BIBLIOGRAFIA

Libros

ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO.—
Tomo IV.—1948.—922 págs.

Contiene los siguientes trece trabajos. Los nueve primeros figuran bajo el epígrafe "Conferencias". Los tres siguientes forman la segunda parte: "Notas y estudios de Jurisprudencia". El último aparece en la sección "Archivos y protocolos".

ALVAREZ, Ursicino: "Los orígenes de la contratación escrita".—Páginas 10 a 85.

Antes de entrar en el estudio de lo que es objeto fundamental del trabajo, el autor investiga las relaciones que los antiguos derechos orientales y greco-egipcios tuvieron entre sí y con el romano.

Sabido es que el descubrimiento de la escritura cuneiforme y la Papilogía, al permitir que conociésemos la vida jurídica de los pueblos de hace más de cinco mil años, provocó una fuerte corriente antirromana que niega la hasta hace poco indiscutida originalidad del Derecho romano y afirma que éste no es más que una copia perfeccionada del helénico, como éste lo es, a su vez, del egipcio.

El autor, entre los que niegan toda influencia de estos antiguos derechos entre sí y con el romano, y los que afirman la originalidad de cada uno, mantiene una posición intermedia, pero más cercana a los segundos, pues, a su juicio, las dificultades para desarraigarse las instituciones jurídicas propias de cada pueblo, que nacieron en su suelo como producto de sus singularidades raciales son muy grandes, y pone como ejemplo el hecho de que, a pesar del filohelenismo de los primeros reyes arsácidas (129 a. de Jesucristo), que sustituyen a los seleúcidas, el Asia Menor y aun Egipto ofrecen una apreciable reacción contra la influencia griega, de tal manera que el helenismo queda como enquistado en medio de países extraños; y, sobre todo, el estar absolutamente comprobado que, a pesar de la Constitución de Caracalla, los Derechos provinciales continuaron aplicándose, ante la oposición, tolerancia o indiferencia de los emperadores, evitándose a lo sumo la desobediencia a éstos, estableciendo en los documentos una cláusula por la que se expresaba que se habían observado las formalidades romanas.

Pero no niega que la convivencia produjo una mutua relación, y así en el Derecho romano tardío cabe apreciar una posible influencia de los

Derechos orientales en algunas instituciones que no tienen antecedentes en el Derecho romano antiguo y que ofrecen un origen oriental; así en el "arrha sponsalicia", quizás en las donaciones nupciales, en la formalización del matrimonio por contrato escrito, acaso en los bienes parafernales (influencia egipcia), en la rescisión de la venta por lesión enorme y, sobre todo, en el punto que en este trabajo más interesa: en la recepción de la escritura como forma de los negocios jurídicos.

Efectivamente, mientras que tanto en los Derechos orientales como en el griego y en el egipcio la escritura domina totalmente la esfera de la contratación, en Roma sucede exactamente lo contrario: "Roma habla".

Pero queda todavía por precisar la vía y el vehículo por el que tal influjo pudo hacerse sentir; si se ejerció directamente por los Derechos orientales; si lo fué a través de los Derechos de las provincias, especialmente el de Egipto; si su influjo se llevó a efecto de un modo puro o mezclado con el helenismo. El estado actual de la investigación no permite, en la mayoría de los casos, una solución definitiva.

Ya en lo que es objeto directo del trabajo el autor divide su estudio en cuatro partes. La primera la dedica a los Derechos asirio-babilónico y hitita. La segunda la dedica al Derecho griego. La tercera, al Derecho greco-egipcio, y la cuarta, al Derecho romano.

Dentro de cada parte, y junto con un gran número de datos históricos, estudia: Elemento material del documento (tabletas de arcilla, conos, pergaminos, papiros, etc.) estilo objetivo o subjetivo de la narración; intervención o no de testigos y funcionarios y carácter de la misma; formalidades externas de los documentos, sellado, firmas, doble documento, etcétera); valor probatorio o dispositivo de los mismos; tradición del documento o guarda en archivo público o en testigo-depositario; fuerza ejecutiva de algunos y registros con formalidades especiales (documentos egipcios).

Destaca el estudio que el autor hace de la evolución en Roma de las primitivas formas solemnes y orales del "per aes et libram" hasta llegar a la "stipulatio justinianea", como forma escrita, pero no solemne.

ONECA, José Antón: "Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales".—Páginas 91-121.

La necesidad de deslindar claramente el concepto de "falsedad en documento público" es la idea central de este trabajo.

¿Basta la mera mutación de verdad para dar lugar a un delito de falsificación documental?

Tratadistas, legislaciones y tribunales se esfuerzan en establecer los límites de este delito.

Entre los criterios aceptados destacan: exigencia de un daño real o posible (Carrara, Código italiano de 1889, Manzini); intervención antijurídica (Código alemán); designio de hacer uso de la prueba falsa y posibilidades de perjuicio con este uso (Código holandés); fin de dañar el patrimonio u otros derechos de la persona o el de procurarse asimismo o a un tercero un provecho (Código suizo).

Frente a los Códigos citados que así han circunscrito el ámbito del delito, están aquellas otras legislaciones, como la italiana (Código de 1930), la francesa y la española, que por indeterminación del concepto de la falsedad han permitido la opinión de ser en ellas suficiente la consciente y voluntaria mutación de la verdad, sin perjuicio ni intención antijurídica, para perfeccionar la infracción cuando de documentos públicos se trata.

Sin embargo, destaca el autor que también en estos países un sector de la doctrina y los tribunales se han preocupado por llegar a análogos resultados restrictivos mediante el análisis de los elementos generales del delito o suponiendo implícitos otros especialmente, y así nuestro Tribunal Supremo ha encontrado en muchos casos la solución, o bien exigiendo un perjuicio o llevando la cuestión al terreno de la culpabilidad, condenando por imprudencia temeraria cuando, a su juicio, no existía dolo. Para el autor es acertada la posición de exigir el dolo, ya que falsificar es "cambiar la verdad por la mentira conscientemente"; pero considera un desacuerdo castigar las falsoedades culposas, pues sin dolo no hay delito de falsificación.

Cree que en una nueva reforma del Código penal, además de un concepto general del dolo que disipe las dudas hoy inevitables, se debía de exigir en los delitos de falsoedad la existencia de un elemento subjetivo: la intención antijurídica. La cual se puede desarrollar de modo análogo a alguna de las fórmulas ofrecidas por las legislaciones extranjeras, por ejemplo, la del proyecto alemán de 1930, o sea, la voluntad de hacer valer el documento falso dentro del tráfico jurídico. A su juicio, este criterio es preferible al requisito del daño, aceptado por otras legislaciones, pues presenta graves inconvenientes, ya que si se exige la existencia de daño efectivo y privado, sería restringir demasiado, y, en cambio, ser suficiente el daño social y posible dejaría la fórmula imprecisa y vaga.

A lo largo del trabajo se recogen gran número de sentencias españolas y extranjeras.

MONROY, Antonio Marín: "La colación: Historia y crítica de los problemas de valoración".—Páginas 131-270.

Un padre tiene dos hijos B y C y una sola finca F.

Dona en 1929 la mitad de la finca, como anticipo de legítima, a B. Dicha mitad vale entonces 50.000 pesetas.

Muere en 1944, instituyendo herederos a los dos hijos por partes iguales.

¿Cómo se hace la partición?

La solución "justa" es entregar la mitad que queda a C.

Pero como esa mitad vale hoy día 200.000 pesetas, la única solución "legal" posible es, en base del artículo 1.045 del Código civil, adjudicar a C 125.000 pesetas y 75.000 a B.

¿A qué es debido esto?, pregunta el autor; pues al error de García Goyena, que, influído por Ayerbe de Ayora, adoptó en el proyecto de 1851 el criterio de valorar los bienes colacionables atendiendo al tiempo de la donación y no al de la muerte del causante, que era el criterio tradicio-

nal de aquellas legislaciones patrias y extranjeras que en defensa y protección de los derechos de tercero no exigían la colación en especie. Este error, a su juicio, se aumentó cuando los redactores del artículo 1.047 del Código civil sustituyeron las palabras "otro tanto" del artículo 888 del proyecto de 1861 por "el equivalente en bienes".

Elogia la clarividencia y previsión de aquellos legisladores de nuestro Derecho histórico que, como en el Fuero de Soria, y a diferencia de los redactores del Código, dictaron normas para la valorización en los casos en que los cambios de circunstancias económicas obligaran a hacer cálculos sobre el valor adquisitivo de la moneda.

Critica a Llamas y Molina por haber iniciado la confusión, que se había de recoger en el artículo 1.035 del Código civil, entre la colación y la operación de traer a cuenta para el cómputo de legitimidad.

Considera el autor que la finalidad de la colación es lograr la igualdad entre los hijos, y cree que el Código debía de haber recogido explícitamente esta declaración (1).

Estudia muy extensamente los precedentes históricos en el Derecho romano y Derecho histórico español, haciendo además un estudio de Derecho comparado y de la doctrina de los comentaristas anteriores y posteriores al Código Civil (2).

DE LA RICA ARENAL, Ramón: "La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca".—Páginas 287-327.

El dogma de la accesорiedad de la hipoteca, que había sido puesto en duda en la doctrina germánica y raramente en la nuestra, está hoy día en franca crisis, según La Rica, debido a las modernas reformas legislativas. Para ello, y tras un estudio de la responsabilidad en general y de los casos en que, aunque aparentemente normales, plantean problemas en las relaciones entre el crédito y la hipoteca, estudia las tres modalidades en que, a su juicio, más claramente muestran esta crisis de la accesoriedad:

I. Hipoteca de responsabilidad limitada (art. 140 de la Ley).

Desde luego, en el momento de su constitución esta hipoteca, como todas las de nuestro sistema, es típicamente accesoria. No se constituye, como la "deuda territorial", sin referencia siquiera a una obligación personal, sino que nace como garantía de un contrato principal, que parece ha de ser forzosamente de préstamo, según la propia letra del artículo. Ahora bien, ¿subsiste incólume la obligación personal, una vez constituida la hipoteca?

(1) VALLAT DE GOYT SOLO, en su artículo "Imputación de legados otorgados a favor de legítimos", publicado en la *Revista de Derecho Privado*, abril 1948, pág. 333, rechaza esta finalidad y, siguiendo a BORRELL, cree que la colación tiene por objeto hacer que la herencia se divida en la proporción que se presume que quaría el testador.

(2) NÚÑEZ LAGOS, en la *Rev. Gen. de Ley. y Jurisprudencia*, XII-1946, comentando esta conferencia, cree, siguiendo a SANCHO SERAL (traducción de la "teoría jurídica del dinero" de NUSSBAUM), que el artículo 1.015 establece una deuda de valor y no de dinero, y que en las deudas de valor hay que atriguar el coeficiente de depreciación de moneda, funcionando prácticamente de modo muy semejante al de la cláusula valor oro.

El T. S. distingue entre deudas de valor y deudas pecuniarias en 27 de febrero de 1945.

En la técnica pura, sí. Pero en la vida práctica, la obligación va a morir en cuanto nazca la hipoteca, y esto, sobre todo, cuando la finca pase a poder de tercera persona (1). Estamos, por lo tanto, ante una figura similar, a la hipoteca independiente, que puede denominarse pura o autónoma (2).

II. Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

Estas hipotecas en tres supuestos demuestran la crisis del dogma de la accesoriedad de la hipoteca.

- Si se admite que puedan pactarse con responsabilidad limitada.
- Si se constituyen con pacto unilateral.
- Si se transmite la finca.

El caso más importante es este tercero. El adquirente, en virtud de transmisión judicial, según el artículo 157 de la Ley, y el que lo es por transmisión voluntaria, aunque la Ley no lo diga de manera directa, asume con la finca gravada la responsabilidad personal por la deuda. Aquí, por lo tanto, la obligación no desaparece como en el caso de la hipoteca de responsabilidad limitada, pero se convierte en accesoria, en anejo inseparable de la hipoteca.

III. Subrogación hipotecaria o reversión de hipoteca.

Este problema lo plantea el párrafo 2º del artículo 118 de la Ley. Ahora bien, ¿en qué se subroga el deudor, en el crédito personal o en el crédito hipotecario? Indudablemente, en el crédito hipotecario. Pues bien, con esta subrogación salta en pedazos, no sólo el dogma de la accesoriedad, sino otros muchos tenidos como tales. Efectivamente, cuando el deudor-vendedor pague al acreedor hipotecario, es indudable que con la escritura de carta de pago el crédito y la obligación personales se extinguen totalmente, y, sin embargo, la Ley dispone que la hipoteca, que se constituyó como accesoria de esa relación obligatoria, continúe viviendo en beneficio ahora, no del acreedor, sino del deudor. Además, se produce una triple novación: cambia el titular hipotecario, que si antes era el acreedor, ahora es el deudor; cambia el deudor, que ahora no es el vendedor de la finca, sino el comprador; y cambia, finalmente, la obligación asegurada con la hipoteca, que si antes era la dimanante de un contrato de préstamo, ahora es la derivada de un contrato de compraventa con retención o desuento de parte del precio, o, si se quiere, siguiendo a Núñez Lagos, la producida por un cuasi contrato de pago de lo indebido (3).

(1) NÚÑEZ LAGOS, en la recensión-comentario de esta conferencia cuando fue presentada en la Academia madrileña del Notariado y publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, I-1947, coincide con LA RICA en cuanto se refiere a la liberación del primitivo deudor, pero considera más dudosa la muerte objetiva de la obligación personal en todo caso.

(2) ROCA SASTRE, en su *Derecho Hipotecario*, 1948, tomo IV, pág. 97, no acepta esta construcción y cree que subsiste la acción personal.

(3) SANZ, en *Compraventa de finca hipotecada* (conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, 1944), cree que el crédito garantizado es el derecho de exigir el pago del precio. ROCA SASTRE cree que es el crédito correspondiente al derecho de reintegro del total importe retenido por el comprador a título de depósito o provisión de fondos.

GARCIA OVIEDO, Carlos: "La función notarial en la vida administrativa".—Páginas 331-848.

Tras una primera parte, en la que explica el crecimiento de volumen de los servicios públicos y las características de la organización de una Administración verdaderamente jurídica, distingue entre aquellos actos administrativos de menor cuantía en los que por razones de economía y comodidad puede excusarse la intervención notarial, y aquellos otros en los que por su trascendencia o por las incidencias que pueden surgir con los particulares, evitar la intervención del Notario constituye no solamente un cerceamiento positivo de sus facultades naturales, sino grave peligro y quebranto, tanto para los administrados como para la Administración. Critica especialmente el Decreto de 15 de diciembre de 1939, que creó la llamada Notaría del Ejército del Aire, y el Reglamento de Contratación de 6 de agosto de 1906. Pasa revista el autor a las principales disposiciones administrativas que exigen la intervención del Notario, destacando cómo la exigencia viene motivada por la importancia del asunto y más concretamente por la cuantía de la contratación.

TRIAS DE BES, Federico: "La limitación de responsabilidad aplicada a las Empresas individuales".—Páginas 364-406.

En el antiguo principio de la responsabilidad ilimitada abrió profunda brecha la sociedad de responsabilidad limitada, pues, como dice Wieland, una vez roto el principio según el cual la limitación de la responsabilidad estaba ligada a una participación puramente impersonal y pasiva en la gestión de la Empresa, la privación de aquélla a los particulares constituiría un privilegio injustificado de las Empresas sociales.

Para el autor, el creciente número de Sociedades anónimas familiares y de un solo accionista hace pensar, más que en la producción de un fenómeno jurídico anormal—deformación de un tipo de Sociedad—, en si no será hecho expresivo de una laguna de la Ley que es preciso llenar: la responsabilidad limitada para las Empresas individuales.

El camino para conseguirla puede ser: a) personificar el patrimonio; b) admitir patrimonios separados.

Para Trías de Bes la segunda solución es la aceptable, aunque ello rompa alguno de los postulados clásicos en materia de patrimonio: una persona sólo puede tener un patrimonio. Si las excepciones a este postulado, como, por ejemplo, el beneficio de inventario, están recogidas en la misma Ley, es porque no estamos en presencia de un principio inderogable por naturaleza.

A su juicio, el terreno está preparado para la admisión de la responsabilidad limitada de la Empresa individual, y prueba de ello lo son: el abandono del buque por el naviero, la posibilidad de existencia de Compañías anónimas de un solo accionista (Resolución de 11 de abril de 1945) y la limitación de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados (artículo 140 de la Ley Hipotecaria).

Tal figura jurídica tendría como antecedentes: el beneficio de inventario, el peculio, la "actio tributoria", el contrato de infeudación y las tres instituciones vinculares: mayorazgos, patronatos y capellanías.

En la doctrina son sus principales mantenedores: Speiser, Wieland, Pisko, Carry, Ischer. Esta figura ha merecido escaso interés por parte de los tratadistas anglosajones, debido seguramente a que su necesidad viene sobradamente satisfecha por la "one man company".

Hasta el presente sólo ha sido recogida por la legislación del Principado de Liechenstein.

Termina el trabajo con un proyecto de legislación aplicable a esta figura, que se inspira en las siguientes bases:

Capital superior a 50.000 pesetas. Constitución en escritura pública con expresa declaración de afición de los bienes e inscripción obligatoria en el Registro Mercantil. Aseguramiento forzoso. Publicación de balances anuales e ilimitación de responsabilidad en caso de infracción de obligaciones o mala fe del titular.

Estudia también extensamente los problemas que presentaría la enajenación de estas Empresas.

ALVAREZ GENDIN, Sabino: "Naturaleza pública del dominio minero. Problemas jurídico-privados que plantea la transmisión de concesiones".
Páginas 411-446.

La primera parte está dedicada al estudio de los cuatro sistemas clásicos de régimen jurídico minero: accesión, regalía, descubrimiento y concesión. Expone las características, ventajas e inconvenientes de cada sistema, considerando el sistema de concesión como el más perfecto de los cuatro.

A continuación hace un bosquejo histórico del Derecho español sobre minería, y estudia en especial las críticas de Jovellanos a las disposiciones de su época, así como la influencia de sus ideas en la legislación posterior.

En la última parte, dedicada a la nueva Ley de Minas de 19 de julio de 1945, da cuanta del proceso de su elaboración en las Cortes y de las enmiendas que modificaron el proyecto del Gobierno, que se consideró de matiz excesivamente revolucionario, ya que, con arreglo a él, las concesiones tendrían una duración de cincuenta años, a cuyo término revertirían al Estado, sin que el concesionario tuviera derecho a indemnización.

Considera que la nueva Ley reconoce el carácter privado de la propiedad de las sustancias minerales de la sección A, entendiendo que el propietario en ellas tiene facultad de hacer todos los actos de dominio y administración que cualquier propietario goza con cualquier propiedad inmueble, incluso hipotecar y gravar su propiedad. A su juicio, la intervención administrativa en este caso no es mayor que la que el Ayuntamiento tiene sobre el propietario de un solar que quiere edificar, para lo que precisa obtener la licencia pertinente, a fin de sujetarse a las prescripciones administrativas preventidas en las Ordenanzas de construcción o de Policía urbana.

En cambio, la naturaleza pública del dominio en los minerales de la sección B, se observa a lo largo de todo el contenido de la Ley. Como disposiciones más interesantes que confirmarán este criterio, pueden destacarse: los impuestos de canon de producción y canon de superficie, consistente el primero en un tanto por ciento sobre la producción, y el segundo en una cantidad anual por pertenencia concedida; la prohibición de ventas, cesiones, arriendos, subarriendos, gravámenes a favor de extranjeros; la posibilidad de subrogación por el Estado en los derechos de los extranjeros, en caso de transmisión "mortis causa"; la necesidad de autorización por el Ministerio de Industria y Comercio, en caso de transmisión "inter vivos" a favor de españoles y, sobre todo, la obligación de explotarlos y la caducidad por infracción grave de las obligaciones del concesionario.

Hace un estudio general del articulado de la Ley, y tras afirmar que serán muy contados los casos en que pueda interesar la inscripción de la concesión minera en el Registro de la Propiedad, dado que el dominio minero no puede prescribir, ni adquirirse por usucapión, y su transmisión requiere la licencia citada, termina estudiando la jurisdicción en materia de minería.

SIERRA BERMEJO, Luis: "El derecho de representación en la sucesión testada".—Páginas 449-479.

Frente al criterio más favorecido por la doctrina de negar el derecho de representación en la sucesión testada, sostiene el autor que en caso de premoriencia del descendiente instituido, tiene lugar en esa sucesión con la misma amplitud que lo regula para la sucesión intestada la sección III del capítulo III del título de sucesiones de nuestro Código civil.

Rechaza que el artículo 766 sea argumento en contra, ya que este artículo lo único que regula y reglamenta es el fenómeno de la transmisión del derecho hereditario, que no tiene destinados en el Código los artículos de un capítulo o sección, como sucede, por ejemplo, con el derecho de acrecer, sino que las disposiciones que a él se refieren hállanse diseminadas, entre otros, en los artículos 657, 661, 1.006 y el 766, y si aparece en éste la referencia a los artículos 761 y 857 débese a la construcción equivocada de la representación hereditaria como un derecho a virtud del cual los descendientes entran en la sucesión de un ascendente, no por vocación propia, sino ejercitando un derecho transmitido por el padre premuerto.

Rechaza los argumentos de Burgos Bosch y Roca Sastre, contrarios a su construcción, y cree que el hecho de estar regulado el derecho de representación dentro del capítulo dedicado a la sucesión intestada débese a la circunstancia de ser los artículos 924 al 929 casi una reproducción de los artículos 739 al 744 del Código francés, que por su concepción del derecho sucesorio es lógico incluya la materia en la sucesión intestada.

A su juicio, buscar en la preterición el remedio a los males que acarrea la imposibilidad legal de admitir el derecho de representación en la sucesión testada lleva a soluciones ilógicas, ya que sólo encaja en la letra del artículo 814, creando un nuevo concepto de quasi-póstumo, y suponiendo

do que lo es, no únicamente el que nace materialmente después de otorgado el testamento, sino también el que nace a la sucesión después de otorgado el testamento, por la premoriencia, incapacidad o desheredación del descendiente instituido o desheredado.

Afirma que no cabe refugiarse en la preterición, puesto que ésta sólo se produce por la omisión de un legitimario inmediato, que debió de tenerse en cuenta al hacer la institución hereditaria, pero no por la de aque-llos que inmediatamente pueden llegar a serlo en defecto de los primeros.

Entre otros muchos argumentos deducidos de sentencias del Tribunal Supremo y de las normas de interpretación de testamentos, termina afirmando que la práctica notarial, recogiendo las pulsaciones del medio social, y creyéndolo así, no ha vacilado abrir el paso a la sucesión testada del derecho de representación, entendiendo que su exclusión viola en primer lugar la propia voluntad del testador, que, de haber previsto las consecuencias que en general quieren sacarse de la premoriencia, hubiera establecido claramente en favor de los hijos o descendientes del premuerto los beneficios que quiso conceder a aquél (1).

GASTALVER GIMENO, José: "La formación del Notario".—Páginas 485-507.

Comienza describiendo la vida económica actual y los profundos cambios que en ella se han operado en los últimos cincuenta años, destacando cómo la más principal de esta movilización económica se desenvuelve al margen del Notario en las oficinas bancarias y despachos de las Sociedades Anónimas, pero no sin resentirse de esta ausencia de un funcionario imparcial y competente que, haciendo cumplir obligaciones y estatutos, proteja los derechos de las minorías y débiles en general.

Ahora bien, esta ausencia y estos inconvenientes no han sido buscados deliberadamente, sino que más bien se deben a no haberse encontrado todavía la fórmula de intervención profesional en este orden de actividades que son el meollo de la futura vida económica.

La intervención notarial en este orden de ideas será fundamentalmente autenticadora, predominando sobre la otra faceta de profesor de Derecho.

En esta función autenticadora del Notario ha encontrado el Estado en estos últimos tiempos un instrumento apto para intervenir en los conflictos agudos de nuestra postguerra.

Entre la legislación dictada en este sentido destaca el Decreto de 15 de julio de 1939, de recuperación de Empresas usurpadas, y el Decreto de 7 de agosto de 1939, sobre cajas de seguridad expoliadas. La práctica ha acreditado el acierto de la iniciativa del nombramiento de Notarios para estas actuaciones de necesaria agilidad. El Notario es ya, por lo tanto, un funcionario que en nombre del Estado practica pruebas y se cerciora de su firmeza y exactitud, obtiene conclusiones y deriva consecuencias de trascendencia económica evidente.

(1) Entre las más modernas opiniones, en el tomo III de los *Actas de la Academia Matritense del Notariado*, ALFONSO CRUZ AUÑÓN ("Un caso frecuente de preterición") mantiene la opinión contraria a la aquí sostenida.

El Notario, pues, se transforma. Al cabo de los años volvemos a refugiarnos en la definición que del Notario da la Ley de 1862: funcionario público autorizado para dar fe.

Estudia detenidamente el concepto de fe pública y define ésta como el testimonio particular rodeado de suficientes (las más posibles) garantías de exactitud en su formulación y en su interpretación, para que se aproxime tanto a la verdad que humanamente se confunda siempre con ella, de tal suerte que la fe del Notario sea la verdad y que, como tal verdad, pueda el legislador imponerla a todos.

Termina exponiendo las líneas generales esquemáticas de una Escuela del Notariado orientada en el sentido de asegurar la veracidad de su testimonio, ya que éste va a ser el eje de su función en el futuro.

HECK, Phillip: "Jurisprudencia de intereses".—Traducción y prólogo de Manuel González Enríquez.—Páginas 513-550.

Esta obra, que escribió Heck para la divulgación en los medios universitarios de sus ideas sobre el método jurídico, va dirigida fundamentalmente a mostrar el contraste entre la jurisprudencia conceptual y la jurisprudencia de intereses, en orden a tres problemas capitales: relación causal de los elementos del Derecho, actividad del juez en sus decisiones y construcción de la ciencia jurídica.

En el primer aspecto muestra cómo la jurisprudencia conceptual consideraba los conceptos científicos generales como conceptos causales fundamentales del Derecho, es decir, como causa de las normas jurídicas, y, por tanto, indirectamente, de su eficacia vital. Así, por ejemplo, del concepto de la obligación como vínculo personal se derivó la ilicitud de su cesión, y de la concepción del nacimiento de la obligación en los documentos a la orden y al portador, como contrato o como promesa unilateral, se deduce la situación del adquirente.

Para la jurisprudencia de intereses, en cambio, los preceptos jurídicos son históricamente anteriores a su ordenación en los conceptos generales, ya que los preceptos tienen su origen en las necesidades vitales. No es el concepto quien crea el Derecho, sino el interés, el fin.

Frente al problema de la decisión judicial, la jurisprudencia conceptual representa una concepción totalmente fija que puede denominarse "dogma del conocimiento". El juez tiene que conocer la norma jurídica y subsumir lógicamente la situación de hecho. Debe aplicar el Derecho según las leyes de la lógica del conocimiento. En caso de existir lagunas de la Ley, debe acudir al procedimiento de la construcción conceptual con las dos etapas que Ihering decomina: jurisprudencia inferior y jurisprudencia superior.

Para la jurisprudencia de intereses, la construcción conceptual es inadmisible, ya que es sencillamente la aplicación a la esencia del Derecho del sofisma "quatermio terminorum" o transposición de términos.

A juicio de Heck, lo primero que el juez tiene que tener en cuenta son las exigencias vitales, y, por lo tanto, no debe tan sólo aplicar cada norma en particular, sino que debe amparar el conjunto de los intereses conside-

rados por la Ley como dignos de protección. El juez, para llenar las lagunas, debe aplicar los juicios valorativos de la Ley, pero puede encontrarse ante una situación en que haya de resolver un conflicto según su propia valoración de los intereses vitales. Su actividad es también creadora del Derecho.

Respecto al tercer punto, el relacionado con la construcción de la ciencia jurídica, también se oponen los dos métodos. La exacta determinación de los conceptos y la reunión de éstos en un sistema unitario deductivo, es decir, en una pirámide de conceptos, era la finalidad de la jurisprudencia de conceptos. A consecuencia de esto, llegó a poseer la ciencia alemana del Derecho una riqueza tal en estudios conceptuales, que parecía sorprendente e insólita a los juristas de otras naciones. La vida era el campo de aplicación de los conceptos jurídicos, pero no su fuente.

En cambio, para la jurisprudencia de intereses, lo importante es el conocimiento de la vida y conseguir una ordenación vitalmente adecuada. Su objeto no es el sistema de conceptos jurídicos, sino la vida misma, sus exigencias, sus problemas. Naturalmente, que los conceptos científicos ordenadores son indispensables, sobre todo, para una visión de conjunto y su exposición. Pero son el objeto de una segunda tarea, que ha de ser posterior en el tiempo a la obtención de las normas.

Destaca en este trabajo de Heck el ejemplo, tomado de la jurisprudencia del Reichsgericht, de los contratos en favor de tercero y su distinta solución aplicando cada uno de los métodos contrastados.

El trabajo va precedido de un prólogo de su traductor, en donde deslinda la posición de Heck de teorías cercanas, pero distintas, y la califica de intermedia entre las demás corrientes metodológicas importantes. Estudia también, brevemente, las repercusiones de la jurisprudencia de intereses en la doctrina española. Termina exponiendo el significado que en su opinión puede tener la oportación de Heck en el futuro.

DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel: "La revocación del mandato y del poder".—Páginas 555-668.

La primera parte de este trabajo está dedicada a la delimitación conceptual del contrato de mandato. Para ello analiza extensamente los tres elementos que componen la definición del artículo 1.709 del Código civil y los distintos criterios que se han enunciado para la delimitación: gratuitad, representación, dependencia o independencia del mandatario, intervención de la voluntad de éste, realización de actos jurídicos, gestión de negocios y sustitución. Se inclina Cámara fundamentalmente por el criterio de gestión de negocios ajenos, entendiendo que existirá esta figura cuando se sustituya a una persona en la actividad directiva de sus intereses; como consecuencia de esto, entiende que todo mandato presupone la concesión de una facultad por el mandante.

Advierte que no toda relación contractual de gestión es mandato en la legalidad vigente, ya que poderosos grupos de relaciones de gestión han emigrado a la órbita del contrato de trabajo.

Afirma que para que haya mandato es requisito esencial que el negocio sea en parte al menos del mandante, pero que cumpliéndose este requisito son posibles los más diversos entrecruzamientos de intereses, y analiza extensamente estos entrecruzamientos, negando el carácter de mandato al llamado mandato de crédito.

En la segunda parte estudia los problemas de la revocación del mandato, especialmente en lo que se refiere a la irrevocabilidad.

Distingue entre mandatos irrevocables por naturaleza y mandatos irrevocables por pacto.

Considera que no son suficientes los criterios tradicionales para saber cuándo el mandato es irrevocable por naturaleza, y cree que lo es cuando su concesión sea el contenido o medio de ejecución específicamente pactado de un negocio jurídico bilateral o plurilateral, en cuyo caso la posibilidad de su revocación es paralela a la de modificar o denunciar aquel negocio básico. A su juicio, el artículo 1.732 del Código civil está escrito para el que se puede llamar mandato puro, es decir, para aquel que tiene en sí mismo la razón objetiva de su existencia, que nace y muere como contrato independiente y autónomo. Pero cuando el mandato es consecuencia de un contrato vinculante para todos, permitir su libre revocabilidad supondría dejar también el cumplimiento de aquel contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que no es admisible, toda vez que el artículo 1.256 no consiente más excepciones que las que señala el mismo cuerpo legal.

Lo decisivo es, por lo tanto, descubrir cuándo existe ese negocio básico y qué conexión guarda con el mandato de que se trate.

Como ejemplos más importantes de mandatos irrevocables por naturaleza destaca el crédito confirmado en banca, los llamados mandatos colectivos y el otorgado por todos los coherederos en base al convenio celebrado entre ellos de encomienda a un tercero que practique la partición de la herencia.

En cuanto al pacto de irrevocabilidad del mandato, afirma que la doctrina dominante en la actualidad admite la licitud de tal pacto dentro de ciertos límites. Lo interesante será saber cuáles son las fronteras más allá de las que es ineficaz la renuncia a la facultad de revocar, y cree que es suficiente para justificar tal pacto el interés a la remuneración de un mandatario que en relación permanente de gestión dedique todas o gran parte de sus energías al mandato en cuestión, así como al pacto celebrado con tercero.

Como final de esta parte del trabajo estudia los efectos de la irrevocabilidad del mandato y el juego de las otras causas de extinción en relación con un mandato irrevocable.

La tercera parte está destinada a la revocación del poder. Hace resaltar que el poder de representación se concede por algún motivo y para conseguir alguna finalidad. Este motivo y esta finalidad se descubren investigando cuál es la relación jurídica (ya formada o en formación) que le sirve de soporte.

Niega los resultados a los que llega Hupka en la construcción del po-

der como negocio abstracto, y afirma que el hecho de que el poder exista provisionalmente antes de perfeccionarse la relación básica no significa que la eficacia definitiva del poder no dependa de la concesión efectiva de la facultad de gestión y que, por lo tanto, sólo el tercero que ignore, no aquel que conozca aquella circunstancia, podrá ampararse en la existencia provisional del poder.

Consecuencia de esto es que la revocación del poder depende fundamentalmente de la relación causal. Sólo ésta puede decirnos cuál es el significado que en cada caso tiene el otorgamiento de aquél.

Estudia los efectos de la revocación del poder y los problemas que la teoría de la apariencia jurídica puede presentar en relación con ella, así como los casos de poderes irrevocables que ofrece al Código civil, y termina comentando en nota adicional la sentencia del Tribunal Supremo de 1.^o de junio de 1947.

FLORES MICHEO, Rafael: "Los depósitos bancarios y la sustitución fideicomisaria".—Páginas 673-692.

La negativa de los Bancos y establecimientos de crédito y depósito a entregar, en ocasiones, los saldos de cuentas corrientes o valores depositados a los herederos gravados con sustitución fideicomisaria, es el objeto de este breve trabajo.

Para demostrar lo infundado de esta negativa, que se basa en la falta de legitimación de los fiduciarios, analiza su naturaleza jurídica de verdaderos propietarios; pero cree que si el fiduciario fuera usufructuario también podría reclamar los bienes heredados. Se basa para ello en el artículo 486 del Código civil.

Encuentra tanto más infundada la negativa de los Bancos cuanto que la posición contraria mantienen cuando tratan con apoderados, acreedores solidarios o personas a las que se han adjudicado bienes para pago de deudas, que, a su juicio, tienen una posición mucho más débil que la del usufructuario.

FLOREZ DE QUINONES Y TOME, Vicente: "El archivo de protocolos de Córdoba" (Notas, índices y documentos).—Páginas 699-904.

Lo que el autor califica de notas es un estudio histórico de la institución notarial, especialmente de los siglos IX al XIII, con gran profusión de datos históricos y bibliográficos y referidos, no sólo a los pueblos cristianos de la Península, sino también a los musulmanes, analizando el entrecruzamiento de las dos características de la institución pública, autenticadora, por un lado, y privada, perito en la redacción, por otro.

Los índices de notarios son cronológicos y alfabéticos, y la tercera parte es una colección de documentos archivados, interesantes todos ellos, o por su contenido o por la resonancia histórica de los que intervienen: el Gran Capitán, Garcilaso de la Vega el Inca, Fray Luis de Granada, Góngora, etc.

Antonio TENA
Notario.

BAS Y RIVAS, Federico: "Impuesto de Derechos reales y sobre transmisión de bienes", vol. I.—Madrid, sin fecha.

Sobradamente conocida es la notable actividad del Sr. Bas y Rivas como exegeta y especialista en los temas de esta faceta del Derecho fiscal para que este nuevo libro suyo pueda sorprendernos. Sin embargo, el autor dedica casi íntegramente el proemio a resaltar el matiz práctico que habrá de presidir sus disquisiciones, sin intentar construcciones doctrinales.

Preciso es confesar que la obra ha rebasado los límites que de este modo se le impusieron. Ya la exposición histórica de las vicisitudes del impuesto aporta un evidente interés, distinto del exegético; pero además—y fundamentalmente—las constantes fricciones del texto legislativo o reglamentario, comentado con las instituciones del Derecho privado, obligan al Sr. Bas Rivas a un cumplido comentario de éstas, con galanura y profundidad evidentes. Así lo reconoce también Larraz en el prólogo de este primer volumen, al resaltar el intento que, en pro de la unidad interpretativa de la Ley fiscal, preside sus páginas. Las amplias notas de jurisprudencia, las acertadas sinopsis e incluso las referencias bibliográficas completan una labor que no por "paciente y humilde" carece de una trascendencia actual, pareja a la que históricamente ha correspondido al injustamente calificado de peyorativo método exegético.

Aunque tal vez con estas líneas habríamos cumplido por nuestra parte el empeño de ofrecer al lector el justo elogio que merece este primer volumen de la obra del Sr. Bas y Rivas, no nos resistimos a terciar en una cuestión insita en la naturaleza misma del llamado Derecho fiscal. Es cierto que, probablemente, cuenta éste con un propio sistema en que insertar su particular problemática, mereciendo así un lugar en las disciplinas del conocimiento científico. Pero nos preguntamos si, como las demás ramas de la Enciclopedia, está dotado de una apetencia trascendente para el espíritu humano.

No es, desde luego, una simple nota bibliográfica el lugar más adecuado para el planteamiento de esta cuestión que nos limitamos a apuntar. Pero no cabe duda de que preceptos reglamentarios y legislativos como los que en materia de validez, nulidad, anulabilidad, etc., presiden las Leyes fiscales relativas al impuesto, contienen algo de indiciadriamente penoso.

Sin remontarse excesivamente, cabe descubrir en la doctrina civil de la ineeficacia de las obligaciones una "última ratio" de índole moral. Las acciones de resarcimiento vienen a restablecer un equilibrio rotó por un contrato viciado o imperfecto, y en ese restablecimiento están interesados por igual el patrimonio de injustamente perjudicado y el orden social violado por el fraude. Sin embargo, el Derecho fiscal parece no tener en cuenta tales consideraciones—éticas si se quiere, pero en definitiva nunca metajurídicas—, sacrificándolas en aras de un utilitarismo no siempre elogiable.

No quieren estas reflexiones hacer relación a la exigibilidad misma ni a la justificación del impuesto, que también en razones de orden público y de seguridad social se inspira. Pero sí a la conveniencia de coordinar el Derecho fiscal con el privado, y no sólo en lo puramente instrumental—ya que todo el sistema de aquél se superpone sobre las instituciones de éste, utilizándolas para sus fines—, sino también en sus objetivos finales y en sus apetencias éticas. De lo contrario se hallará pronto calificado de elemento poco grato en la simbiosis que entre ambos se pretende defender. Y con ello se vendrá a reconocer la tesis de algunos de nuestros teólogos, cuando incluían las Leyes tributarias entre las odiosas. Una simple rectificación de ciertos perfiles jurídicamente hirientes—aunque prácticamente sean eficaces—permitiría al Derecho fiscal recabar la más amplia acogida entre las disciplinas de la Encyclopedie jurídica.

Con ello nos hemos desviado del comentario estricto de la obra del señor Bas y Rivas, cuya evidente profundidad corre parejas con la utilidad práctica que el autor pretendiera.

A. G. R.

BRACCIANTI: "Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti", 2.^a ed. revisada, Milán, 1947.

Nos encontramos frente a un estudio sobre la llamada "cláusula rebus sic stantibus", con especial referencia a los artículos 1.467-1.469 del nuevo Código civil italiano, que contemplan la "*laesio superveniens*" por la modificación posterior del estado de hecho existente en el momento inicial del contrato. El autor se propuso, principalmente, interpretar las normas legales que regulan los efectos de la excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos. Pero no prescindió para ello del examen, siquiera sea muy sumario, de los precedentes históricos de la materia y, sobre todo, de la cuestión de si era aplicable y hasta qué punto, bajo el imperio del Código de 1865, el principio hoy acogido por el legislador. Con este motivo examinó las diversas teorías propugnadas para buscar apoyo al principio de la "cláusula rebus sic stantibus", cuando ésta no tenía una consagración legal tan expresa. La teoría de la equivalencia de las prestaciones de Bassanti, la de Pennisi, la teoría de la equidad de Brugi, De Ruggiero y Pestalozza, la de Osti, la doctrina del error sobre el valor de Giovene, la teoría del consentimiento como requisito esencial para la vida del contrato de Cogliolo, Dusi y Manara, la de Vigna, la posición de aquellos que inducen un principio general de varias disposiciones del Código. Todas ellas son criticadas y valoradas con medida por Braccianti, que llega a la conclusión de que según el antiguo Código la cláusula "rebus sic stantibus" no podía considerarse sobrentendida en los contratos comunitativos, tanto de trato sucesivo como de ejecución deferida.

Con esto deja bien preparado el terreno para entrar de lleno en el estudio de los efectos de la excesiva onerosidad en los contratos, según el

nuevo Código civil italiano, examinando a tal efecto el texto de los artículos 1.467-1.469 de aquel Cuerpo legal.

Los principios fundamentales de la Ley pueden resumirse así: El Código considera como causa de resolución de los contratos en los que existe correlación de prestaciones, o como causa de modificación de los contratos con prestación de solo una de las partes, el hecho de que la prestación resulte excesivamente onerosa, siempre que la mayor onerosidad sea excesiva, o no entre en la aleatoriedad normal de los contratos, dependa de un evento extraordinario e imprevisible en el momento de la estipulación y no se trate de contratos aleatorios por naturaleza. La resolución de los contratos bilaterales a título oneroso no se opera "ipso iure", sino que debe ser reclamada por la parte interesada, lo mismo que la modificación o reducción de la prestación cuando proceda. La resolución puede ser evitada si la parte contra la que se reclama ofrece una "modificación equitativa" del contrato.

El fundamento de estos principios se encuentra, según Braccianti, en la equidad. A tal efecto examina con aguda crítica los preceptos del Código italiano referentes a la materia y realiza un fino análisis de los trabajos preparatorios de dicho Cuerpo legal, los cuales ofrecen bastantes elementos para confirmar su conclusión.

Esta segunda edición del libro de Braccianti, en la que el autor desenvuelve algunos puntos que en la primera le merecieron una simple alusión, recoge toda la jurisprudencia italiana conocida hasta la fecha sobre la materia. La obra tiene todas aquellas cualidades que ya puso de relieve Candian: argumentación sólida y sobria, calidad de estilo, propio y límpido, y sobre todo concreción de resultados para la dogmática y para la práctica del Derecho.

Juan JORDANO BAREA

BRETTE DE LA GRESSAYE y LABORDE-LACOSTE: "Introduction générale à l'étude du Droit". Paris, 1947.

Intentan los autores con esta introducción general al Derecho público y privado cubrir una laguna de la literatura jurídica francesa en lo que respecta a trabajos para estudiantes y principalmente para aquellos que tienen que realizar su examen de licenciatura; por ello han procurado de especial manera exponer una visión general de la cultura jurídica, de la que vamos a dar breve noticia.

El hombre debe vivir en sociedad; esta vida implica necesariamente relaciones entre los hombres: relaciones de familia, económicas y políticas. La solución de los conflictos que de estas relaciones derivan no puede ser abandonada ni a la fuerza, ni a la astucia, ni al arbitrio. Debe ser establecido un orden de antemano, un equilibrio de intereses, de funciones, de deberes, de tal manera que los hombres conozcan la línea de conducta que deben seguir en las diferentes circunstancias de la vida. Esta línea de conducta está marcada por "la regla de derecho".

La regla de derecho prácticamente se traduce en el "poder" reconoci-

do a una persona de obrar de una cierta manera en sus relaciones con las demás.

Pero para que sea observada esta regla que atribuye determinado poder precisa de la sanción.

Estos tres puntos: regla de derecho, poder y sanción, componen las tres partes en que el libro se divide.

La esencia del Derecho no radica en su estudio teórico ni en su puesta en práctica: textos y teorías son medios intelectuales de investigación. Mas la verdadera esencia ha de encontrarse en las relaciones sociales existentes entre los hombres, que deben ser reguladas por la idea de justicia. Son esas numerosas relaciones las que, agrupadas en diferentes apartados, han dado lugar a las divisiones del Derecho.

Los autores ponen de manifiesto la variabilidad y contingencia de las reglas de derecho (sin negar la inmutabilidad esencial del mismo), pues que están dependientes de la conciencia social de las distintas épocas. Ello les lleva a insistir en la necesidad de estudiar previamente las relaciones sociales que van a ser regidas por las reglas de derecho, antes de penetrar en la técnica de estas últimas: no se puede hacer un estudio jurídico de la familia—por ejemplo—sin conocer su propia esencia y sin tener en cuenta el estado social, al que las normas positivas deben aplicarse en un momento dado. Es decir, no se puede exponer la regla sin conocer de antemano la realidad social. Para el conocimiento de los hechos sociales, las ciencias históricas y económicas constituyen un precioso auxiliar.

Pero claro está que los hechos sociales y las costumbres no representan el Derecho de modo absoluto. Por encima de ellos existen principios superiores de justicia, que constituyen el verdadero Derecho, y que dan respuesta a la pregunta del "deber ser". La averiguación de estos principios no se logra por procesos matemáticos: únicamente la filosofía y la moral pueden alcanzarlos.

Por último, los autores ponen de relieve la importancia del conocimiento práctico del Derecho. Los estudiantes, por lo general, se dedican a una de las múltiples aplicaciones del Derecho, y deben por ello tener un amplio conocimiento de la práctica del mismo. A este fin recomiendan—aparte de un período de prácticas al acabar la carrera—que el profesor haga consultar a los alumnos la jurisprudencia—que describe las relaciones sociales concretas, tal y como se presentan en la vida, y las soluciona buscando el ideal de justicia—, emitir dictámenes, manejar formularios, etcétera. No basta conocer las reglas aplicables a los diferentes casos, es preciso saber también cuál es su aplicación adecuada.

La obra, escrita de un modo atractivo, presenta una panorámica succincta y clara del mundo jurídico, de verdadera utilidad para el lector a quien se dirige: el aprendiz de jurista, según lenguaje de los autores.

CASTAN TOBEÑAS, José: "En torno al sentido jurídico del pueblo español", Instituto-Editorial Reus, Madrid, 1948, notablemente ampliado en "La vocación jurídica del pueblo español", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", núms. de septiembre y octubre de 1948, y edición separada —Madrid, Instituto-Editorial Reus, 1948. 102 págs. el primero y 104 el segundo.

Desde que el ilustre Profesor D. José Castán Tobeñas fué elevado a la Presidencia de nuestro más alto Tribunal, tres lecciones magistrales, saturadas de enseñanzas, como no podía ser menos en quien, como en el maestro Castán, su arraigada vocación de verdadero Catedrático se trasciende hasta en los actos más insignificantes de su vida cotidiana, lleva pronunciadas desde la cúpula de la gloriosa Magistratura española.

Tres lecciones, repetimos, en que vibran al unísono las dos actividades que debe conjuntar el jurista para ser completo: *investigación y elaboración* del Derecho, junto con su *aplicación*.

El maestro Castán, después de una larga serie de años consagrado, desde su Cátedra, *con carácter exclusivo*, a investigar para enseñar y a través de sus obras elaborar el Derecho, pasa, más tarde, a desempeñar la honrosa y sin igual función de la Magistratura en la Sala Primera de nuestro más Alto Tribunal para dejar también, a través de sus ponencias, una larga estela de conceptos aplicados a la realidad de la vida que tal vez formen época en la ya maciza historia del Tribunal Supremo español. Y cuando elevado por méritos propios a la cima de la Justicia, el maestro habla o escribe al mundo jurídico, sabe reunir, como nadie, estas dos actividades que deben presidir siempre la labor de todo aquel que se sienta con verdadero temperamento de jurista.

Y como el maestro Castán ama, con apasionado fervor de patriota, a nuestra idolatrada España (esto lo sabemos muy bien quienes tenemos el honor y la suerte de tratarle en la intimidad), no debe extrañar a nadie que comience su actuación presidencial desarrollando: "La idea de la Justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español". Y después de una segunda lección sobre "La noción del Derecho a través de los sistemas filosóficosjurídicos tradicionales y modernos", destinadas ambas a conducirnos suavemente, como de su mano de maestro, al tema objeto de la magnífica lección de este curso y de este comentario, aborda el problema, primeramente en el discurso que lleva por título: "En torno al sentido jurídico del pueblo español", y a los pocos días, en dos magníficos trabajos, que amplian notablemente el citado discurso, que, publicados en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", son editados en tirada aparte, bajo el título: "La vocación jurídica del pueblo español".

Resulta muy difícil, en verdad, cómo percibe el maestro captar el carácter de un pueblo. Evidentemente, "las psicologías nacionales son complejas, tanto o más que las psicologías individuales". Pero estamos seguros que para el Profesor Castán constituye un aliciente más este tema, tan preñado de dificultades. Ello se deduce de sus propias pa-

bras, cuando al plantearlo, en los preliminares, busca la génesis del genio jurídico español y escribe: "De casta le viene a España su genio jurídico". Si bien lo ha recibido, posiblemente, de Roma; si ésta "ha proporcionado a nuestra cultura jurídica la capacidad constructiva, los elementos formales, el Cristianismo le ha infundido, sin duda, su contenido ético y sus ideales".

Para el maestro, los índices de la vocación jurídica del pueblo español, el genio de nuestro pueblo, se revela en la Historia y el Arte, en la Literatura del Derecho y en las instituciones jurídico positivas, de cuyo examen sucinto se deriva el hecho de que el pueblo español haya poseído siempre el *sentimiento* de la justicia, "amándola, respetándola y ensalzándola", creando una *cultura jurídica* y constituyendo un *Derecho nacional y peculiar*, que le hacen aparecer como "un pueblo de especiales aptitudes para el cultivo y realización del Derecho".

En cuanto al epígrafe segundo, dedicado al estudio de "Las manifestaciones populares y al sentimiento jurídico reflejado en la tradición poética nacional", comienza el maestro por poner de relieve el valor documental y jurídico de la epopeya española, puesto que puede recoger "con más fidelidad que la misma historia las ideas y sentimientos, los rasgos más salientes y característicos del genio y vida de una sociedad". Y como "apenas pueblo alguno cuenta, como el español, con una tradición poética popular, o mejor dicho, nacional, tan rica y tan arraigada a través de los siglos", va examinándola en *Los Cantares de Gesta*, en el *Romancero*, en el *Teatro* y en la *Novela*.

Y nos muestra cómo el Cid Campeador "fué, a la vez que una personalidad histórica, una figura relevante en el campo del Derecho", para lo cual va haciendo, con meticuloso análisis, un estudio magistral del "Poema del Cid", en donde se perciben claramente, a través de sus versos: Primero, la exaltación de la Ley; segundo, la exaltación del sentimiento popular de justicia, y tercero, la exaltación del Derecho, restaurador de la justicia.

En cuanto al *Romancero*, cita, entre otros, un romance de la serie relativa a las "Mocedades del Cid", en que nos le presenta de niño, en la época de Fernando I, dando cuenta al Rey de la justicia con que había procedido en el ejercicio de la función judicial.

"Al exigir que el juramento se prestase en la más estricta forma legal, se nos presenta el Cid, en el "Romancero", como encarnación viva de la Ley", y al arrostrar sereno las amenazas de D. Alfonso, como "símbolo augusto del deber".

En cuanto al *Teatro*, son nuestros clásicos los que imprimen a nuestro teatro clásico nacional, que recibe de Lope de Vega sus definitivos caracteres, ese sello de inspiración y los sentimientos de la vieja poesía heroica popular, dándoles una nueva forma literaria. Juan de la Cueva y Guillén de Castro, capitaneados por Lope, "lograron darle difusión universal y vienen a ser, el romancero del Cid puesto en acción dramática".

Como tema jurídico "predilecto de nuestra dramática—es—el de la

exaltación de la justicia, encarnada en la realeza y estimulada por el pueblo como el escudo más eficaz contra los desmanes de los poderosos”, brillando con singulares destellos en los inmortales personajes de Calderón, Lope, Tirso de Molina y Moreto...

En la *Novela* destaca, con singular relieve, el *Quijote*, que constituye “la verdadera epopeya española del siglo XVI, por la amplitud, espontaneidad y grandeza con que acierta a mostrarnos la vida de nuestro pueblo”.

Después de señalar el extraordinario valor universal y humano de la obra de Cervantes, “retrato vivo y fidedigno de España”, dice que no es posible reseñar el cúmulo ingente de manifestaciones jurídicas, de las que está preñado el *Quijote*. Pero el maestro no se olvida de consignar, a pie de página, un completísimo índice bibliográfico, dedicado a quienes pretendan penetrar, más específicamente, en la ingente cantera de materiales jurídicos, de toda índole, contenidos en el *Quijote*. El se limita aquí al aspecto menos tocado y que, por lo mismo, resulta de gran originalidad, relativo al revivir de aquella tradición poética nacional exaltadora de la justicia que nos muestra, bien a las claras, el sublime parentesco entre Sancho Panza, Gobernador y Juez, con Pedro Crespo, Alcalde de Zalamea. El ideal caballeresco y heroico de Don Quijote de restaurar la justicia en el mundo, dejando Cervantes indecisas las fronteras entre la razón y la locura que comparten caballero y escudero en el supremo ideal del más ferviente culto a la justicia.

Nos presenta el maestro, a continuación, un cuadro acerca de las manifestaciones culturales y del pensamiento jurídico español, en el que destacan, de modo singular, las creaciones legislativas y los grandes monumentos de la legislación española: el Edicto Perpetuo de la época romana, el Código de Eurico, la “*Lex Romana Visigotorum*” y el “*Liber Judiciorum*” de la época visigótica, el rico tesoro de nuestras Cartas de población y Fueros municipales de nuestra Edad Media, los Códigos españoles de los siglos XIII y XIV y, sobre todo, esa inigualable enciclopedia jurídica, representada por el Código de las Siete Partidas, que tiene la virtud incommensurable y no superada por nadie, a pesar de las generaciones y los siglos, de adelantar nuestro progreso jurídico en cientos de años.

Y si grande fué la influencia expansiva de nuestro “*Llibre del Consolat de Mar*”, no lo fueron en zaga nuestras “Leyes de Indias”, magnífica y fecunda aportación al llamado Derecho social.

Los ciclos de florecimiento doctrinal español cuentan con la más gloriosa pléyade de juristas del mundo, cuya lista, encabezada por dos santos de los más gloriosos de la Iglesia: San Raimundo de Peñafort y San Isidoro de Sevilla, se extiende, interminable, con nombres como los de Fernando Martínez Roldán, Vicente Arias de Balboa, Vidal Canellas, Jaime Callis, Gonzalo González de Bustamante y, sobre todo, con el de los juristas incomparables, de fama universal inigualada, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Bartolomé de Medina, Domingo Báñez, Fernando Vázquez de Menchaca, Luis de Molina, Gabriel Vázquez, Juan de Salas, Juan

de Lugo, Luis de Alcázar, los que, unos forjando los principios del Derecho internacional moderno, otros defendiendo en Trento y en nuestras Universidades la doctrina de la justificación por nuestros actos, y otros, en fin, legando al mundo monumentos jurídicos que no pierden actualidad, a pesar de las generaciones y los siglos, logrando elevar a España a una cumbre cultural tan alta, en el campo de la ciencia jurídica, que nadie, absolutamente nadie, ha podido escalar todavía.

Igual podemos decir de otra serie interminable de nombres gloriosos que se dedican a la glosa y comentario de nuestros textos legales y que, comenzando con el gran Alonso Díaz de Montalvo, pasando por Alfonso de Castro y terminando por Asso y De Manuel, haría su cita excesiva para los límites de una nota de esta índole.

También en el campo de las Escuelas jurídicas nacionales son de destacar las del *Derecho natural* (Vitoria, Soto, Molina y Suárez), la del *Derecho internacional* (Vitoria y Suárez), la *catalana* (Martí de Eixalá, Durán y Bas, Falquera, etc.), junto con las corrientes *tradicional católica, krausista y positivista italiana*, que imprimen un matiz de destacada originalidad en los juristas españoles, destacando también, en grado superlativo, en la serie interminable de instituciones de marcadísimo sello español, que el maestro Castán pone de relieve, el epígrafe titulado "Manifestaciones positivas", en donde, a través de una síntesis histórica perfecta, se resaltan las instituciones jurídicas del pueblo español, su grado de originalidad, sus características internas y, sobre todo, la Magistratura española, con el prestigio de sus Jueces, que supieron mantener su independencia contra todos los avatares de una historia preñada de inquietudes, que le hace brillar hasta el punto de rebasar las fronteras del viejo solar ibero y dejar asombrados a tratadistas extranjeros, ante la eficiencia jurídica de los Tribunales españoles y la creación judicial del Derecho.

Termina el Profesor Castán su magistral lección poniendo de relieve ese rasgo tan peculiar, espiritualista y ético que se refleja, tanto en las direcciones doctrinales de nuestro pensamiento jurídico, como en las manifestaciones legislativas y positivas, y cómo en España la idea de justicia y la vocación jurídica han brillado con los más singulares destellos.

Brillante lección la del maestro Castán, pobemente resumida en estas líneas en las que el afecto y cariño entrañables de quien las escribe son la contención más eficaz para elogiarla en su verdadero alcance, como no podrá menos de advertir inmediatamente quien lea la obra objeto de este comentario.

Pascual MARÍN PEREZ
Doctor en Derecho y Juez de Primera Instancia.

COSSIO: "La coordinación de las normas jurídicas, con especial referencia al problema de la causa en el Derecho".—Buenos Aires, 1947.

1. La teoría egológica del Derecho, hace algunos años iniciada por Cossio en la Argentina, cuenta hoy ya con un excelente plantel de seguidores. Cossio ha logrado, pues, la constitución de una gran escuela jurídica his-

pana. El fenómeno no es corriente para nosotros. Es preciso reconocer que, con posterioridad al Siglo de Oro, no se ha producido hasta este instante. Ello sólo da idea de la fuerza de sugestión que la nueva teoría lleva consigo, pues ha sabido aunar los individualismos dispersos, que son una de nuestras más expresivas características raciales. Cabalmente por esto, la teoría egológica significará en la cultura jurídica hispana un verdadero acontecimiento. El trabajo en "equipo" es nuestra necesidad científica primaria. Y desde ahora podremos albergar la esperanza de que ha de ser acometida con éxito. He aquí, pues, el primer merecimiento de Cossío.

2. En este estudio sobre coordinación normativa se muestran los caracteres metodológicos propios de la Escuela, lúcidamente esbozados por Legaz (en *Información Jurídica*, octubre de 1947, pág. 3).

El propósito de la investigación que Cossío realiza es enjuiciar "las relaciones de coordinación lógica de las normas en un mismo plano de la pirámide jurídica". Es así cómo se podrá responder, de una vez y válidamente, a las cuestiones que se plantean los civilistas al inquirir la causa de los actos jurídicos, los penalistas al enfrentarse con la de los delitos, y los yusfilósofos averiguando la consecutividad o transitividad de las normas para explicar por qué un deber jurídico subsigue a otro en la experiencia (p. 9).

Dada la temática admisible en nuestro ANUARIO, reduciremos exclusivamente la cuestión al problema de la causa.

El punto de partida elegido por Cossío para su discurso es la subsecuencia entre el deber jurídico incumplido y el deber de sentenciar que tiene el juez imponiendo la pertinente sanción. ¿Por qué esa consecutividad de deberes? La concepción tradicional de que la norma es un juicio categórico es insuficiente, porque el juicio categórico carece de estructura relacionante fuera de su intencionalidad. La idea kelseniana de que la norma es un juicio hipotético es, en cambio, válida, porque el planteamiento de una condición como hipótesis permite utilizar esa condición para pasar a otro juicio, siempre que lo contradictorio lógico de esa condición sea el contenido del otro juicio. El Derecho se actualiza, así, en deberes consecutivos enlazados en sucesión, de acuerdo a un camino lógico trazado con aprioridad. Tal es la transitividad de las normas a que alude Schreier y que Kaufman, con mayor detenimiento, analiza en cuanto sucesión de deberes jurídicos. Ellos no dejan claro aún si es el principio de contradicción o el de tercero, excluido el relacionante. La teoría egológica, con su idea de que la norma jurídica es un juicio disyuntivo, ha precisado que es el principio de exclusión (— 12).

El problema de la consecutividad de las normas escapa de la visión racionalista. Supuesto que el Derecho es *norma*, la sucesión de prestaciones es inexplicable, porque las prestaciones son *hechos* y las normas *conceptos*; e irse de un campo a otro es pasar de lo *ideal* a lo *real*. El fenómeno jurídico no resulta plenamente inteligible desde el estricto plano normativo, como es fácil demostrar. Supongamos un ejemplo—tomado de Schapp—, una relación bilateral: yo voy a New York,

si tú vas a Jerusalén. Indudable, que estas obligaciones *pueden* estructurarse normativamente por un contrato. Si ahora preguntamos cómo se suceden estas obligaciones, la respuesta es fácil: el viaje a Jerusalén es la condición del viaje a New York. Pero si buscamos la *inteligibilidad del fenómeno*, tenemos que *comprender el sentido* que liga a un deber con otro como expresiones de la misma unidad significativa. Para hacer nuestro contrato inteligible hemos de ir más lejos de la mera normación; de lo contrario, el juego de obligaciones sonaría a capricho, a broma o a locura. El que yo vaya a New York no se hace jurídicamente inteligible si no está contratado; pero suponer que porque está contratado es inteligible, es suponer de más; es suponer que es la causa jurídica del viaje a New York (— 17).

La inteligibilidad del fenómeno jurídico se ha pretendido conseguir a expensas de la teoría de la causa. Así, v. gr., la causa jurídica del viaje a New York es la imputación contractual. Tal aseveración es tautológica, pues se resuelve en la afirmación de que el contrato es causa y la causa contrato (— 18).

Lo que sucede es que la concepción causalista es ontológicamente inadecuada para el Derecho. En las ciencias naturales la explicación causal se ha evidenciado como la inteligibilidad de la naturaleza. Pero sólo se ha logrado esto después de reducir la noción de causa al ámbito de la *causa eficiente*. Y semejante resultado es inaplicable al Derecho. Equivalentría a decir que la causa del viaje a New York es la fuerza motriz del barco. Frente a esta situación no es de extrañar el fracaso de las teorías jurídicas causalistas (— 19), que Cossio (aunque incompletamente) enjuicia después (— 22).

La solución que al fin él propugna es remitirse a la persona humana, al concepto de autor.

"Mientras el físico, en la serie de sucesos concatenados, busca para cada hecho el hecho o hechos que sean su causa, el jurista, aun tratándose de la misma serie causal de sucesos, interpreta esta serie" ... "El jurista salta de los fenómenos jurídicos a la persona humana plenaria."

"El problema de la causa del Derecho para la teoría egológica se disuelve en el problema de la interpretación" ... "Este resultado no podía ser otro para quien esté al tanto de por qué la teoría egológica afirma que no se interpreta la Ley, sino que lo que se interpreta es siempre la conducta mediante la Ley" ... "Un caso no es jurídicamente inteligible sin la norma correspondiente."

3. Las apreciaciones de Cossio ante el problema de la causa—expresadas en ese estilo característicamente intuitivo que pretendemos conservar—son de gran fuerza sugestiva y traen al primer plano de la teoría jurídica cuestiones del mayor interés. Creemos que, para la comprensión de la ciencia jurídica moderna y para su progreso es indispensable tener en cuenta las aportaciones egológicas, pues añaden puntos de vista complementarios de importancia fundamental.

Tocante al problema concreto de la causa, nos parece que ciertos supuestos de la experiencia diaria son irresolubles, de no acudir a la teoría

dominante. Al menos, sin dar un innecesario rodeo. Cossio en muchos casos, más que destruirla, se ha evadido de la dificultad. En concreto, el problema de Schapp, por él replanteado, no puede colocarse como base de su argumentación. Por una razón evidente: Tal como lo plantea, no es una cuestión jurídica; es una convención extrajurídica. Para ser un negocio jurídico precisaría la existencia de una causa jurídica condicionante. No existe acción que me constriña a ir a New York sólo porque otro haya ido a Jerusalén; eso, aunque se haya pactado. La acción supone siempre una tipificación normativa como causa jurídica, que aquí no se da. Y ante la acción, la teoría de Cossio quiebra, porque la acción tiene como causa eficiente la norma de la cual es hija y el estado de hecho al que concede protección.

Ahora, este disentimiento de su tesis no quita que se reconozca el alto valor aportativo de su trabajo.

José LOIS ESTEVEZ

GANGI: "Il matrimonio".—2.^a ed.—Milán, 1947.

El conocido civilista de Milán publica, revisada y convenientemente alterada, la segunda edición—año y medio después de aparecida la primera—de *Il matrimonio*, curso de lecciones notables por su claridad y sugerencia.

Tras insistir en el carácter predominantemente social y ético de la familia, niega—en lo tocante al aspecto jurídico—que pueda ser incluida en el derecho público o colocada en la zona intermedia entre el público y el privado, viniendo así a engrosar el número de quienes contra la teoría de Ciccio se pronunciaron.

Frescindiendo del más amplio concepto de familia, comprensivo tanto de la legítima como de la natural y adoptiva, centra su estudio en la unión libre y de por vida entre el hombre y la mujer para formar la familia legítima, en el matrimonio.

Precisamente el fin de constituir la familia legítima es el fundamental y esencial en el matrimonio; los otros—que indudablemente aparecen también con relevancia en la mayor parte de los matrimonios—pueden faltar, sin que por ello deje de existir: la procreación y educación no pueden considerarse fin supremo en los casos de esposos de muy avanzada edad, sin que, no obstante, deje de ser perfectamente válido el matrimonio; el remedio contra la concupiscencia no tiene sentido en el supuesto de impotencia—posterior a la celebración—, siendo, a pesar de ello, de plena validez; el mutuo auxilio y comunidad de vida nada suponen en los matrimonios “*in extremis*”.

Se ocupa de los tres tipos de matrimonio admitidos en Italia: el civil, el católico con efectos civiles y el de los otros cultos admitidos por el Estado.

El civil es, a juicio de Gangi, un contrato de derecho de familia, muy diferente de los de carácter patrimonial, por lo que queda justificado su particular régimen.

Comienza su estudio por la promesa espousalicia, y fundamenta el deber

de resarcir que de ella surge en los casos de incumplimiento injustificado, calificándolo de obligación extracontractual, no procedente del acto ilícito, sino de la Ley, que por motivo de equidad, para proteger el interés y expectativa de la otra parte, impone el deber de resarcir al que rompe sin motivo: es uno de los casos en los que el ejercicio de un derecho (considere que el romper la promesa es derecho que tienen los promitentes; claro que no intenta probarlo, lo que había de serle bastante difícil) impone el resarcir los daños que tal ejercicio ocasione.

Agrupa las condiciones necesarias para contraer matrimonio en tres categorías: 1) condiciones para la existencia—equipara inexistencia y nulidad—(diversidad de sexos, forma y consentimiento); 2) condiciones para la validez (capacidad—física, sexual e intelectual—, falta de vicios en el consentimiento, ausencia de vínculo matrimonial anterior no desaparecido, no existencia de determinados vínculos de parentesco y del "impedimentum criminis"—el único delito tomado en cuenta es el homicidio—; se ha suprimido el requisito de identidad de raza que el Código del 42 exigía); 3) condiciones para la "regularidad" (intervalo de tiempo que debe dejar transcurrir la mujer después de disuelto el matrimonio anterior, las proclamas y la intervención de testigos).

El más criticable de todos es el capítulo dedicado a la ineficacia. Atendiendo a la especialidad del matrimonio, afirma que en él las figuras de ineficacia presenta notables diferencias respecto a las de los contratos en general, y adopta, para sistematizarlas, una división que nos parece arbitraria: nulidad (que viene a coincidir con la categoría francesa de la inexistencia), anulabilidad absoluta (que es la propia nulidad: vínculo anterior, falta de edad y vínculo de parentesco) y anulabilidad relativa (que es la verdadera anulabilidad). No aporta razones para justificar esta sistemática que no parece superar la tradicional.

Hace una breve exposición del matrimonio canónico, deteniéndose particularmente en el examen de la transcripción, de la competencia y de los efectos civiles del mismo. Aun más rápida y ligera es la noticia que da del matrimonio celebrado ante ministro de culto no católico, pero culto admitido por el Estado.

Como materias comunes a los tres tipos de matrimonio trata: los efectos personales (derechos y deberes recíprocos, cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio y la potestad del marido) y la disolución del vínculo, particularmente la separación personal.

Acaba con un detenido estudio de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: el régimen legal de separación—al que el Código impropiamente denomina "bienes parafernales"—y los pactados.

Estas breves ideas pueden dar una noción del contenido del libro y de sus rasgos más característicos.

Llena su objetivo de curso monográfico, aun cuando tal vez resulte un poco unilateral para la preparación de los alumnos, pues la obra viene más a exponer el criterio del autor sobre los diversos puntos de la materia, que a dar a conocer el desenvolvimiento doctrinal de la institución.

GIULIANI, Andrea: "La societá a responsabilitá limitata". Giuffré, Milán, 1948; 126 págs.

El nuevo Código civil italiano de 1942, siguiendo las sugerencias de la Ley alemana de 1892, ha acogido en su articulado la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada. Según ella, desde el momento que no se han fijado límites a la cuantía de posibles inversiones de capitales, la nueva forma podrá ponerse al servicio de empresas de la más amplia envergadura, hermanando la limitación de responsabilidad de los socios a la cuantía de sus aportaciones con una mayor vinculación de los socios a la sociedad.

La finalidad perseguida por el notario Andrea Giuliani con la publicación de su breve obra se ha centrado en ofrecer a sus compañeros de profesión un esquema de esta institución y un instrumento de trabajo que venga a facilitarles su labor en el particularísimo ámbito de sus atribuciones, fuente inagotable de errores de interpretación, que aflorando sobre una jurisprudencia todavía no muy segura no han despertado hasta hoy, como era de esperar, un eco en la doctrina italiana y que, especialmente en estos primeros momentos, pueden llegar a poner en peligro la consolidación de la institución.

La decisiva importancia que la nueva legislación ha reservado a la función notarial en los diversos momentos del ciclo vital de la institución, desde su nacimiento al establecimiento de la Ley reguladora de su actividad, vienen a aumentar el interés del trabajo, que se ha mantenido en un terreno eminentemente práctico.

En la primera parte del estudio se exponen los preceptos que el ordenamiento italiano ha consagrado a la institución. De las condiciones exigidas para la constitución de la sociedad se tratan en el primer capítulo, criticándose el requisito del depósito de las tres décimas partes del capital en un "instituto de crédito" por los numerosos inconvenientes derivados de la falta de este tipo de instituciones en numerosísimas localidades, tales como injustificadas y costosas operaciones, vinculadas a inevitables formalidades burocráticas que no añaden ninguna garantía al depósito.

En el capítulo II estudia el acto constitutivo, al que, basándose en el artículo 2.475, califica de acto público notarial, presupuesto previo para el cumplimiento de los demás requisitos. Son elementos del acto constitutivo: los *socios*, en un número mínimo de dos, siendo el máximo ilimitado; la *denominación social*, en que muestra la legislación italiana un espíritu liberal, ya que la única exigencia estriba en la indicación de "sociedad de responsabilidad limitada", como necesaria para la tutela de la buena fe de terceros; otros elementos son la sede social, objeto social, capital suscrito y desembolsado, reparto de beneficios y diversos tipos de reservas; *administradores*, "collegio sindaca'e" y duración de la sociedad. Además de los requisitos obligatorios pueden insertarse en el acto constitutivo cláusulas accesorias y facultativas, entre las que Giuliani cita las relativas a limitaciones a la libre transferibilidad y divisibilidad de las cuotas,

ya sea por actos inter vivos o mortis causa, prestaciones accesorias y cláusula compromisoria.

Las formalidades posteriores al acto constitutivo se estudian en el capítulo III, y en el IV las asambleas, divididas en ordinarias y extraordinarias, según los objetos señalados en la orden del día. Analiza las normas relativas al lugar de la convocatoria, celebración de las sesiones y a la regulación de las asambleas, que son, generalmente, las mismas establecidas para las sociedades por acciones. Las deliberaciones de la asamblea deben constar en acta, suscrita por el Presidente y por el Secretario o por el Notario. El autor, consecuente a la primordial finalidad perseguida en la obra, se extiende especialmente en las formalidades del acta de la asamblea redactadas por Notario.

En el capítulo V se estudian las modificaciones del acto constitutivo, refiriéndose a los requisitos y formalidades necesarios para el aumento del capital social, transferencia del mismo, prórroga del término de vigencia del contrato y nombramiento y revocación de liquidadores.

El VI y último capítulo está consagrado al estudio de la transformación y fusión, en sus diferentes modalidades.

La segunda parte de la obra está destinada a la recopilación de textos legislativos y formularios relativos a la materia, de indiscutible utilidad para los encargados de la función notarial, y que da a la obra un matiz eminentemente práctico.

E. VERDERA Y TUELLS

DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo: "Obras". Tomo I: Estudios de investigaciones, con un estudio de Alfonso García Gallo.—Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.—Madrid, 1948.—CXXIX.

Ha coincidido con la Reunión de Historiadores del Derecho, que reseñamos en otro lugar de este número, la aparición del volumen primero de las "Obras" de D. Eduardo de Hinojosa. (Su anuncio en AHDE, 16-1945, 848).

Podríamos pararnos en lo que ello tiene de efectivo y adecuado homenaje al insigne renovador de nuestros estudios. Pero un motivo de utilidad inmediata se antepone en la satisfacción por la noticia. La obra de Hinojosa se halla, en gran parte, dispersa en revistas españolas y extranjeras; los ejemplares de sus obras mayores son verdaderas curiosidades bibliográficas. No ha decaído, sino al contrario, el interés por conocerlas y manejarlas. Reunidas en unos volúmenes será más fácil su acceso y, en su conjunto, será más amplia la influencia sobre una generación que, separada ya de la persona del maestro, lo siente como tal y ve necesario desarrollarse y trabajar bajo su inspiración.

Por el plan de la edición vemos que van a publicarse, en primer término, las investigaciones. Dieciséis títulos que suponen el mayor esfuerzo de conjunto realizado por un autor en nuestra disciplina; que si para su momento fueron una rotunda elevación, constituyen aún hoy el bloque más estimable de monografía. Después, las obras de síntesis, en las

que Hinojosa, a su vez, supo aprovechar las investigaciones ajenas y exponerlas en forma original, llena, llena de sentido y profundamente didáctica. Finalmente, bajo el título de "Escritos varios" se recogerán desde las notas bibliográficas y reseñas de reuniones científicas, que muestran la solidaridad científica del gran maestro, hasta los artículos periodísticos y discursos parlamentarios, que muestran la misma virtud del hombre civil, y ese hermoso escrito póstumo que, hallado entre sus papeles, fué publicado por el *Anuario de Historia del Derecho*: la semblanza de Joaquín Costa, que es un monumento de justicia y caridad.

Los estudios del primer volumen son: *La jurisdicción eclesiástica entre los visigodos; Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo; La privación de sepultura de los deudores; El Derecho en el poema del Cid; La servidumbre en Cataluña durante la Edad Media; ¿Existió en Cataluña el "ius primae noctis?; La servidumbre de la gleba en Aragón; Mezquinos y exaricos, y La fraternidad artificial en España.*

La ordenación de las "Obras" revela el más acertado criterio al agruparlas por su significación científica, mejor que por la mera cronología o por las materias de la fecunda actividad de Hinojosa. Está bien el haber citado las anteriores ediciones de cada estudio. No ha sido tan cuidadosa como debiera la corrección de pruebas "en algunas erratas observadas" se observa todavía que no "debe decir": "fur vergluchtnde Rechtswisseñs". Cf. *Chapt*, sino "für vergleichende Rechtswissenschaft"), aspecto censurable que contrasta con el índice alfabético, bastante completo y preciso. De ambas operaciones materiales debe asumir la responsabilidad el autor de esta reseña.

Lo más notable de la edición es el estudio sobre Hinojosa y su obra, que no dudamos en calificar de espléndido. Hay en él una biografía humana, penetrante, al entrar en los resortes y las motivaciones de una conducta, con algunos momentos de evocación literaria verdaderamente luminosos. Así, el efecto visual conseguido sobre el atentado anarquista en la procesión del Corpus de Barcelona, siendo Gobernador civil Hinojosa; el efecto psicológico en la reacción de éste ante la muerte de su hijo; el efecto de ambiente en la escena del Viático, al final. Señalamos estos aspectos precisamente porque serán los más inesperados en la obra de un investigador científico. Pero la historia, y también la del Derecho, es un arte.

La figura queda acertadamente plantada y enraizada en el estado intelectual y político de España de la Restauración. Hay una exacta valoración de la obra de Hinojosa, no sólo en sus resultados, sino también en su proceso formativo y en lo que supone de esfuerzo sobre un ambiente científico francamente desfavorable. Hay una breve historia de la Historia del Derecho, con la elevada perspectiva que se contempla desde la cumbre de Hinojosa, y que en cuanto a lo anterior no precinde de nada verdaderamente constitutivo de la tradición a la que Hinojosa sirvió espléndidamente enriqueciéndola, y en cuanto a lo posterior no pres-

cinde tampoco de nada de lo que en su seguimiento se ha hecho, aunque algunas veces haya sido bien modesto. No sólo el pasado, casi el porvenir se integra así en esta historia, que debemos considerar como una aportación notable a la de la ciencia española. Desde ahora, la Historia del Derecho tiene algo así como su *discurso preliminar*, impregnado de devoción personal, pero dotado de una visión muy objetiva y amplia. A él habrá de dirigirse quien desde fuera desee conocer la ambición, los propósitos, los resultados, los límites, el estado actual de la ciencia históricojurídica. Para los especialistas será el lugar común de referencia para el conocimiento de nuestra historiografía.

Respecto a los lectores del ANUARIO, juristas fundamentalmente, la personalidad y la obra de Hinojosa podrían acaso quedar algo lejanas. Fué él, seguramente, uno de los escritores que más fuertemente vincularon nuestra disciplina a la ciencia histórica. Profesionalmente, pertenecía por completo a ese campo. En él se destacó por su atención a los problemas jurídicos. Esto ya supone una vocación hacia el Derecho, aparte de la contingencia del Derecho vigente. Pero, además, existe el dato de una efectiva dedicación al Derecho y concretamente al Derecho civil. "Durante su estancia en París (1905) compagina sus estudios sobre instituciones medievales con otros sobre Derecho civil, no ya en su aspecto histórico, sino precisamente en su sistema actual. Tal vez la posición de los germanistas alemanes, que aunán el estudio del Derecho privado antiguo y moderno para destacar los elementos nacionales de éste, ha influido en Hinojosa..." El fruto es su inmediato discurso sobre la *Condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil*, que comprende el desarrollo histórico hasta la exégesis y crítica del Código. Ello concede un lugar, pequeño acaso, a Hinojosa entre los civilistas españoles, pero vale más la significación simbólica que encierra. De la Historia del Derecho, al Derecho mismo, en la ciencia como en la misma realidad.

R. GIBERT

JENNY, Jean: "Brevets d'inventions l'idée créatrice et le tour de main". Imprimerie A. Kessler, Gutemburg, Lachen, 1947.—149 págs. .

No un grueso volumen, lleno de farragosas divagaciones, sino poco más de un fascículo razonablemente extenso (149 páginas) es el que el Doctor en Derecho, Ingeniero diplomado suizo, Jean Jenny, ha dedicado a unos temas concretos que son el nervio a la sustancia de las ideas que en castellano han hallado ya su exacta denominación, por cierto fuera del ámbito estrictamente gramatical del vocabulario consagrado: me refiero a la "patentabilidad", concepto que en España se determina por el juego contradictorio de la enumeración, puramente enunciativa y no limitativa, que establece el artículo 46 del vigente Estatuto de la Propiedad Industrial y las exclusiones que previene el artículo 48 del referido texto legal, acogiendo principios que, más o menos, paralelamente, incorporan todas las legislaciones, siquiera algunos, como la excepción

de los productos o resultados industriales en general, constituya una extensión o generalización de la que no faltará ocasión de tratar más extensamente.

Monsieur Jenny ha querido discriminar y ha sabido hacerlo con acierto y maestría, tanto los factores de orden positivo como los negativos o excluyentes que determinan la posibilidad de puntualizar lo que ha de ser objeto de patente, y así, después de una introducción en la que aborda muy interesantes aspectos estadísticos, con el examen de lo que constituye la idea credora o lo que en francés se llama "letour de main", o habilidad manual que hace viable una realización, pasando por un bosquejo que justificadamente se podía llamar histórico, estudia la naturaleza del invento como solución de un problema, y nos lleva como de la mano a entrar de lleno en la esencia de él, o sea en la sustancia de la idea creadora, que él substitula "Die Art der schopferischen Idee".

Después, con clara sistematización, estudia el volumen necesario para que exista la "patentabilidad" por alguna de las causas que pueden producirla, principalmente al no mediar la inspiración genial que generalmente se atribuye a la idea de "invento", porque hoy sucede, con el progreso técnico, que la innovación suele estar constituida por el empleo de equivalentes, la combinación de elementos o medios conocidos, el cambio de formas, dimensiones o materia empleada, siempre que tengan suficiente originalidad o la aplicación o "empleo nuevo" a que se refería el ya clásico autor francés Pouillet.

Y entre estos temas, Jenny dedica la atención necesaria al factor de "novedad", no siempre atribuible al autor *bona fide* de un descubrimiento, porque esta cualidad se enerva, a veces, por actos del propio inventor o llega su valor a hacerse independiente de un puro orden cronológico.

La novedad no puede establecerse más que sobre una base absolutamente objetiva. En los litigios relacionados con la cuestión "invento" y "novedad"—dice Jenny—, los peritos y los jueces deben referirse al estado de la técnica en la época en que fué formulada la solicitud de patente. De aquí la necesidad de llegar a conocer la existencia o no de una divulgación o publicación anterior que pueden, incluso, haber sido motivadas por el propio inventor.

Las consecuencias y, sobre todo, la competencia jurisdiccional para entrar sobre estas causas determinantes de la destrucción de la patentabilidad, las ha examinado a fondo, con respecto a la legalidad española, nuestro Díaz Velasco en su profundo estudio crítico "Concesión y nulidad de patentes de invención" (1946).

Jenny ahonda en el concepto de la divulgación como causa destructora de la novedad y llega a conclusiones de un positivo valor ejemplar, aptas para referirlas a la realidad práctica.

Aunque los escritos mecanografiados o manuales—nos dice—son poco apropiados para la divulgación, no deben, sin embargo, ser excluidos, puesto que basta que el invento sea suficientemente conocido para que se destruya su novedad. Lo esencial es que los escritos se propaguen en

un cierto número de ejemplares que sean accesibles al público, por ejemplo, en locales de libre acceso. No es necesario, sin embargo, que se haya tenido conocimiento de ellos; basta con la posibilidad, puesto que el hecho jurídico (Der Tatbestand) de la publicidad escrita reside precisamente en su puesta a la disposición del público. Ahora bien, ha de tratarse de un público idóneo para comprenderla. Pero es que la Ley suiza concreta en su artículo 26 que "la descripción deberá exponer el invento de forma que los especialistas (*hommes de métier*) puedan ejecutarla, y el artículo 16 (7.º) precisa que la patente será declarada nula y sin ningún efecto por el juez si la Memoria no describe el invento de tal forma que su ejecución sea posible por los *hombres del oficio*. Sean estos hombres del oficio los técnicos, prácticos o especialistas, y ello es cuestión de la semántica francesa, es indudable que hay en tal precepto una mayor precisión que en la causa de nulidad de patentes que previene el artículo 115 (4.º) de nuestro Estatuto para "cuando se demuestre que con los elementos contenidos en la Memoria no se puede lograr la ejecución del objeto de la patente". Una precisión, eso sí, que puede plantear más motivos de duda o perplejidad.

La jurisprudencia suiza se ha pronunciado casuísticamente sobre circunstancias de valor antecedente positivo, afirmando, por ejemplo, que no se puede de buena fe, al menos por el momento, oponer, sin otros motivos, una descripción redactada en un idioma muy poco conocido allí, tal como el chino, a una patente nacional.

Si la descripción de una invención es muy complicada y exige un cierto estudio, es dudoso que el mismo día de su aparición destruya ya la novedad. Se trata para el juez de una cuestión de hecho y de apreciación.

Sobre esto y sobre los otros temas de su obra, Jenny acierta con la posible concreción y con la pauta práctica orientadora.

Su trabajo, en fin, termina con una metódica referencia a la jurisprudencia y con una relación bibliográfica con predominio de citas de la literatura alemana.

Alberto de ELZABURU MARQUEZ

MOSCO: "I frutti nel Diritto positivo", Milán, 1947.

El concepto de "fruto" se encuentra a cada paso, tanto en la teoría como en la práctica del Derecho. Son muchas las relaciones jurídicas en las que entra, como elemento importante, la noción precisa del fruto: usufructo, arrendamiento, posesión, administración de bienes ajenes, hipoteca de bienes fructíferos, anticresis, enfiteusis, disfrute injusto de cosa ajena. Todas ellas constituyen una serie múltiple de situaciones variadísimas, en las que tiene relevancia el concepto jurídico de los frutos. La teoría de los frutos cuenta con una abultada elaboración doctrinal en el campo de la economía. Desde el punto de vista estrictamente jurídico ha sido también estudiada por muchos, que no siempre acertaron a dar una visión unitaria del concepto, unas veces por dejarse llevar en demasia por consideraciones económicas, otras por haberlo elaborado partiendo de un

supuesto muy concreto, casi siempre el usufructo, perdiéndose así la idea de conjunto e imposibilitando la extensión a otras instituciones. Por este camino se llegó, incluso, a insinuar que no existe *un* concepto jurídico de los frutos, sino *varios*, tantos como relaciones en las que éstos, de una u otra forma, juegan un papel decisivo.

Mosco pretende en este denso estudio construir el concepto unitario de fruto, tomando como base de su investigación el Derecho italiano. Para ello emplea, con incontestable acierto, el método inductivo, tratando de captar de entre todo el complejo de normas positivas aquello que constituye el concepto de fruto acogido por el Código y viendo si, a pesar de las diferencias de régimen para cada instituto, existe un substrato conceptual común a todos.

Para Mosco, que en esto sigue la doctrina dominante en Italia, si bien con posición personalísima, el concepto de fruto viene determinado por tres requisitos esenciales: la periodicidad o percepción continuada y periódica, la conservación de la substancia y el respeto del destino económico. De estas tres notas, sólo la primera puede considerarse verdadero y propio requisito del fruto; las dos últimas son más bien límites del concepto: no es fruto la cosa que se percibe afectando la substancia del capital o alterando su destino económico.

Pero Mosco rechaza la doctrina clásica de la periodicidad regular de los frutos, afirmando que ni los frutos naturales ni los civiles son perennes ni regularmente periódicos, sino que son bienes capaces de una renovabilidad normal no periódica, objetiva y no aleatoria. Los argumentos que aduce, ampliamente ilustrados con numerosos ejemplos, son bastante convincentes.

Respecto al requisito de la conservación de la substancia, critica duramente la teoría que identifica el concepto de substancia con el del destino económico de la cosa, por no concordar con las normas dictadas por el Código italiano para el usufructo y para las otras relaciones de disfrute. A su juicio, existen elementos diferenciales entre el límite derivado de la conservación de la substancia y el que se desprende del destino económico. La conservación de la substancia implica la conservación del valor económico de la cosa y la conservación de su potencia reditiva (rentable). La conservación del destino económico de la cosa no es un límite de carácter general, en el sentido de que mientras en algunas relaciones jurídicas la percepción de los frutos no es legítima si no se observa el destino económico, en otras relaciones la alteración del mismo se consiente, en medida más o menos amplia, y consiguientemente es legítima la percepción de los frutos obtenidos como efecto de dicha alteración.

La segunda parte del libro está dedicada al estudio de la adquisición de los frutos. Esta parte de la obra es la que tiene más elaboración personal del autor. Mosco ha hecho un cuidadoso estudio de todos los textos legales que afectan a la materia, con buen sistema y verdadero acierto.

El libro representa un considerable esfuerzo para dar cohesión orgánica a toda una serie de preceptos dispersos.

PEREZ LEÑERO, José: "Teoría general del Derecho español de trabajo". Espasa-Calpe, Madrid, 1948.

"Algo ambicioso puede parecer el título de este libro. Después de algunas dudas lo acepté, con la única intención de que siguiese actuando en sus lectores y estudiosos como había actuado en mí hace ya años: de idea motriz y de aspiración ideal." Así empieza el autor el prólogo de esta obra, y su honesta confesión hace innecesario aludir a la conveniencia de haberlo designado de manera más adecuada a su contenido, como, por ejemplo, *Ensayo para una teoría*, etc. (1).

Realmente, en la sistemática o esquema mental del libro, así como en los diversos capítulos de las tres partes en que se divide, abórdanse instituciones esenciales en el Derecho del trabajo e indispensables en cualquier intento de teoría general. Aquellas instituciones que si bien no comprenden la totalidad de los problemas teóricos de la nueva disciplina, ni tampoco todas las posibles técnicas jurídicas que en la misma encuentran acomodo, sí ofrecen, especialmente a los ya iniciados en los estudios laborales, amplios puntos de meditación.

La formación romanista de Pérez Leñero le sirve, en diversas ocasiones, para refutar doctrinas harto publicísticas sobre determinadas normas o relaciones laborales, mostrándose contrario a su politización o a su tratamiento puramente sociológico. Posición laudable ésta y que es mantenida por numerosos juristas (probablemente más de los que el autor cree), por estimarla acertada para el progreso técnico y científico de esta moderna rama del Derecho. Rama a la que no debe arriesgársela con sistemas centrífugos, con posiciones unilateralistas o excesivamente personales. La polémica y la dialéctica requieren previamente que las doctrinas y la condensación de ideas que representan estén intimamente desarrolladas. Que este desarrollo ha sido y será tarea esencial de los especialistas es algo que institucionalmente parece irrefutable. Quienes profesionalmente han de enfrentarse de manera constante con la creación, la aplicación o el estudio del Derecho laboral, es a quienes primordialmente incumbe la tarea de crear esa doctrina y condensar aquellas ideas. Pero sin especialismos que quebranten la unidad de los estudios jurídicos; sin prejuicios metódicos; sin una problemática convencional, que en términos de metodología económica podría llamarse problemática *ex ante*.

La teoría general del Derecho del trabajo puede beneficiarse grandemente de la metodología y la ciencia del Derecho civil, no sólo por razones estratégicas de sistema, sino también por motivos tácticos; políticamente y en orden al respecto del hombre como persona, como titular de un patrimonio y como portador de trabajo, conviene despolitizar un tanto las relaciones jurídico-laborales. Insistimos sobre este punto por entender

(1) Entre las obras más recientes, con propósitos, en algunos aspectos, similares a la que nos ocupa, figura una argentina y otra mexicana. Aquella es debida a la pluma de MARIO L. DEVEALI, *Líneamientos de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, 1948); de la segunda es autor ALBERTO SIDANI, *Teoría general de las obligaciones en el Derecho del Trabajo* ("notas para un ensayo" lleva como subtítulo), y fue publicada en México en 1945.

que ello puede llevarse a efecto sin quebranto del contenido social de tales relaciones. Pero ello no debe arrastrarnos al extremo opuesto, es decir, a menospreciar o, lo que es peor, a prescindir de aportación que pueda proporcionar al procesalista u otros investigadores del Derecho. En una de las obras que antes mencionamos, el ex profesor de Legislación laboral de la Universidad de Roma, y que actualmente dirige la "Revista de Derecho del Trabajo", de Buenos Aires, considera con acierto y rigor algunos principios del Derecho financiero para la aplicación de instituciones laborales.

En definitiva, la obra que comentamos significa un esfuerzo apreciable y constituye notable aportación a la Ciencia del Derecho en sus modernas proyecciones. No exenta de posibles críticas, será siempre digna de elogio, especialmente por el propósito que representa frente a los que quieren separar sucesivamente del clásico y sereno Derecho civil las nuevas estructuras jurídicas.

Eugenio PÉREZ BOTIJA

ROCA SASTRE: "Derecho Hipotecario". 4 tomos, 3240 págs. (1).

Tradición e inscripción.

Como la generalidad de nuestra doctrina hipotecaria, Roca reconoce la necesidad de la tradición para la adquisición de la propiedad a pesar de la inscripción. Pero cree que se cumple con el otorgamiento de la escritura pública, sin que tenga aplicación la doctrina del T. S., que exige en este caso la efectiva posesión por el enajenante, ¿y esto por qué?, pues porque la fe pública registral (por lo tanto, sólo en el caso de reunir los clásicos requisitos) protege también en este aspecto al adquirente, ya que con arreglo al artículo 38 de la Ley al titular transferente se le presume propietario-poseedor.

Principio de legitimación registral.

El artículo 38 sienta la presunción de que el titular es un propietario-poseedor, un propietario normal, en el pleno goce de su derecho. Y esta condición tendrá, mientras no se pruebe que no es propietario. La prueba de que no es poseedor real es inoperante, pues en este caso la Ley finge que posee el derecho en cuestión, al objeto de que sea tratado como tal poseedor en el tráfico o vida jurídica.

Al titular inscrito le basta para ejercitar la acción reivindicatoria (o confesoria) presentar la certificación del Registro, pues la inscripción no es título de derecho, pero lo suple mientras no se impugne. No obstante, como esta presunción de propiedad o pertenencia es sólo "iuris tantum",

(1) Un triple criterio se ha seguido para formar esta nota. En primer lugar, se han recogido los cambios de criterio del autor respecto de las anteriores ediciones (si bien estos son muy escasos). En segundo lugar, se recogen los comentarios a las principales innovaciones del "texto refundido" y del Reglamento. Y, por último, se han entresacado los comentarios a las disposiciones de la Ley que mayor polémica han suscitado.

Por ello, esta nota no pretende dar una idea general de la obra, y sólo puede ser útil a los que conocen las ediciones anteriores.

quien promueva la reivindicación deberá tener la precaución de aportar los títulos o elementos fundamentales probatorios de su derecho, a los efectos del artículo 506 de la Ley de E. C., pues la parte demandada puede desvirtuar la presunción registral de titularidad y encontrarse el actor sin trámite hábil para oponer pruebas a fin de contrarrestar la demostración en contrario verificada por la parte adversa. Por esto es recomendable que si se tienen títulos se presenten también estos "ad cautelam".

El titular registral goza de la legitimación procesal activa a los efectos de poder entablar el juicio de desahucio por precario, entendiéndose vigente la doctrina jurisprudencial en esta materia.

Niega Roca que el titular registral goce de la facultad de disponer. Esta sólo le corresponde a su dueño o titular verdadero. El titular registral que dispone sin derecho puede tener, incluso, responsabilidad criminal, sin que le salve de ello estar legitimado registralmente.

Procedimiento regulado en el artículo 51.

¿Quiénes pueden utilizarlo? Todos los titulares registrales (2).

Todas las acciones reales se pueden ejercitar por este procedimiento, pero destacan: la reivindicatoria, la confesoria y la negatoria.

Se trata de un verdadero proceso de ejecución, pues la posible oposición no le llega a hacer perder este carácter (3).

Critica el artículo 137 del Reglamento al exigir que se acompañe al escrito, con el que se inicia, el título adquisitivo del dominio o derecho real. A su juicio, esta exigencia no sólo desentonía, sino que se halla en contradicción con el artículo 41 de la Ley y con el propio artículo 137 del Reglamento (4).

Cree que este procedimiento puede utilizarse contra todo poseedor, incluso contra el de más de un año (5).

Interpreta la causa segunda de oposición al procedimiento en la siguiente forma: existirá esta causa de oposición al proceso de ejecución del artículo 41 cuando el emplazado u oponente pruebe ser poseedor con título no inscrito (no es de aplicación el artículo 313), siempre que este título hubiese sido otorgado por el titular registral que inste el procedimiento, e que habiendo sido otorgado por algún titular registral anterior no reúna este titular que promueva el procedimiento la condición de tercero, protegido por la fe pública registral. Si bien este segundo supuesto tiene aplicación restringida tratándose de arrendamientos (6).

Doble inmatriculación.

Los problemas que la doble inmatriculación presenta en relación con la fe pública registral, cree que deben resolverse haciendo una comparación o contraste entre las dos hojas registrales, a fin de determinar cuál

(2) Coincidem CABELO DE LA SOTA, LA RICA, AIMEAU. Disidentes SANZ, GARCÍA VALDECASAS, VALLET.

(3) Coincide MORENO MOCHOLI. Disidentes PLAZA y LA RICA.

(4) Disiente SANZ.

(5) Coincide VILLARME PICÓ. Disidentes SANZ, GARCÍA VALDECASAS, VALLET.

(6) Coincidem ENRÍQUEZ LÓPEZ, MARTÍNEZ CORBALLÁN y AIMEAU. Disidente SANZ.

de ellas debe prevalecer, y cuando esto no sea posible, considerar neutralizada recíprocamente la fe pública de ambas hojas, inhibiéndose las normas hipotecarias y debiéndose resolver el problema planteado conforme a las normas del Derecho civil puro. A este criterio parece responder el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, al presuponer la necesidad de una declaración judicial acerca del mejor derecho al inmueble. Elogia el autor este artículo del Reglamento, si bien echa de menos la determinación del procedimiento que debe emplearse al efecto.

Principio de fe pública registral.

De la ventaja o beneficio que implica el juego o efecto protector del artículo 34 de la Ley, una vez la misma producida respecto de un determinado caso de nulidad o resolución, se aprovecha o puede alegarla con éxito todo posterior dueño o titular de la cosa o derecho correspondiente, aunque se trate de un ulterior adquirente que no reúna las cuatro circunstancias requeridas por el artículo 34 para merecer la protección de la fe pública registral. Con relación a la ausencia de la circunstancia relativa a haber adquirido a título oneroso, el párrafo último del artículo 34 así lo presupone, al establecer que los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente. Luego las mismas razones existen para aplicarlo al adquirente sin buena fe o al que no ha inscrito su adquisición.

Buena fe.

La define como "la ignorancia de la inexactitud registral, aunque tal desconocimiento o ignorancia sea producto de la negligencia inexcusable del adquirente" (7).

La inexactitud registral hace referencia a una situación jurídica extra-hipotecaria, de trascendencia real, no reflejada exactamente en el Registro. No bastará el conocimiento de tratos en curso ni aun de pactos o promesas de carácter meramente obligatorio. Por lo tanto, si en el caso de doble venta la primera no se consumó por la tradición, el segundo comprador que inscribe primeramente, aunque tenga conocimiento de la primera venta, no puede considerársele de mala fe (8).

El momento en que debe de tenerse la buena fe es en el de la adquisición (9).

No queda privado un tercer adquirente de su buena fe por el hecho de que conozca la inexactitud o vicio de una inscripción anterior, en base de la cual ya funcionó la fe pública registral a favor de quien se apoyó en ella. Por ello, si un adquirente anterior ya fué protegido por la fe pública, ya no puede exigírsele a ningún otro adquirente posterior el requisito de la buena fe respecto de la misma inexactitud o vicio, pues aquel adqui-

(7) Coincide SANZ, en lo fundamental. Disienten VILLET y BENAYAS.

(8) Coincide SANZ.

(9) Coincide VILLET. Disiente SANZ.

rente anterior adquirió en firme o definitivamente y ya no puede reproducirse el problema (10).

Usucapión y Registro.

La bondad de la fórmula adoptada por el artículo 36 de la Ley dependerá del criterio que adopten los Tribunales acerca del conocimiento efectivo o desconocimiento culposo de que la finca o derecho estaba poseído de hecho y en concepto de dueño por persona distinta al transferente, ya que si estiman que existe tal culpa lata en toda persona que antes de adquirir no se entera adecuadamente del estado posesorio de la cosa que adquiere (11), entonces la usucapión, así como la prescripción de Derechos reales de contacto posesorio, perjudicará siempre al tercer adquirente. Pero tal cosa no ha podido ser la intención del legislador.

A) Usucapión "secundum tabulas".

El artículo 35 dice que la inscripción será justo título, y no que se presume "iuris tantum" (12).

B) Usucapión "contra tabulas".

¿Es aplicable el artículo 36 tanto a la usucapión ordinaria como a la usucapión extraordinaria? Sí. En primer lugar, porque cabe la prescripción ordinaria con buena fe contra los bienes inscritos (13) Y en segundo lugar, porque no es cierto que la usucapión extraordinaria ya ganada o consumada perjudique siempre a todo tercero o titular inscrito (14).

Censura la redacción del artículo 36 de la Ley en lo que se refiere al consentimiento expreso o tácito por el adquirente de la posesión del otro durante el plazo de un año, redacción tanto más extraña cuanto que la exposición de motivos de la Ley de reforma de 1944 decía que "si el tercer adquirente deja transcurrir el plazo de un año... sin haber ejercitado la acción adecuada, se produce una positiva accesión posesoria y de consiguiente le afectará la prescripción consumada".

Hace una dura crítica del párrafo segundo del artículo 36, al que considera como uno de los más desgraciados de la Ley, que por otra parte, a su juicio, resulta completamente inútil.

C) Prescripción extintiva "contra tabulas".

La solución del párrafo último del artículo 36 le parece a Roca de un radicalismo feroz, y no comprende cómo en materia de prescripción extintiva no ha seguido el legislador el mismo criterio racional que en la usucapión "contra tabulas" y en la "usucapio libertatis".

D) "Usucapio libertatis contra tabulas".

Primeramente hace un ligero estudio de esta figura jurídica, poco tratada en nuestra doctrina, y analizando su naturaleza jurídica se inclina por ver en ella una usucapión en cuanto a los requisitos necesarios para

(10) Coincide SERRANO SERRANO, que exceptúa el caso en que el titular de una inscripción viciada que transmitió a un tercero de buena fe, pretende readquirir su derecho, pero, seguramente, aquí juegan los principios del "fraude de la ley".

(11) Así lo creen SANZ y BERGAMO.

(12) Coincidan PORCHOLM, AIZPАЗU y LA RICA. Disienten SANZ y BERGAMO.

(13) Disienten PORCHOLM y AIZPАЗU.

(14) Disienten SANZ y BERGAMO.

que se produzca y una prescripción extintiva respecto de sus efectos o resultados.

Califica de enrevesada y poco técnica la redacción del párrafo cuarto del artículo 36 de la Ley, pero entiende que debe de interpretarse de la siguiente forma: la "usucapio libertatis" operada contra el Registro perjudicará, en su función extintiva, a los terceros adquirentes, salvo en los tres casos siguientes: a) si se trata de derechos que no llevan aneja la facultad de inmediato disfrute de la cosa. b) si se trata de derechos que, aunque lleven anejo el disfrute inmediato de la cosa, éste no fuese incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, y c) si en otro caso el tercer adquirente reúne las condiciones para que actúe a su favor el principio de la fe pública registral, y no habiendo conocido ni tenido medios racionales y motivos suficientes para conocer al tiempo de su adquisición que la cosa estaba poseída de hecho y en concepto de libre por otra persona, no consiente durante todo el año siguiente a su adquisición dicha posesión contraria.

Registración de obra nueva.

Elogia el artículo 308 del Reglamento que ha prescindido del obstáculo que supone el artículo 208 de la Ley (15).

Segregación.

Considera acertada la innovación del artículo 50 del Reglamento que exige se describa en la escritura el resto de la finca matriz, y si ello no fuese posible indicar las principales modificaciones sufridas en extensión y linderos.

Acta del artículo 70 del Reglamento.

Las califica el autor de verdaderas actas de notoriedad, y no comprende la razón de no ser calificada de tal, ya que en ellas el Notario concluye "haciendo constar si, a su juicio, están o no suficientemente acreditados" los hechos, sin que desvirtúe dicho carácter el reunir la nota de ser también, en parte, un acta de presencia (16).

Inscripción de bienes de Sociedades mercantiles.

Considera un tanto incorrecta la redacción del artículo 383 del Reglamento, ya que parece exigir que para inscribir en el Registro de la Propiedad todo acto de adquisición de bienes inmuebles o derechos reales a favor de una Sociedad mercantil, es necesaria la previa inscripción de este acto adquisitivo en el Registro mercantil, lo que es un error, pues lo único que puede querer decir es que una Sociedad comercial no inscrita en el Registro mercantil carece de personalidad, y, por tanto, mientras no se inscriba no puede figurar como titular de los bienes aportados.

(15) Coincide LA RICA.

(16) El modelo reglamentario XIII! la califica de acta de notoriedad.

Mantener lo contrario sería olvidar que el Registro mercantil no es un Registro de bienes, sino de personas, y además, si sólo se inscribieran en él las adquisiciones y no las enajenaciones, la consulta al Registro mercantil sólo serviría para desorientar a los acreedores de la Sociedad, pues ésta, como un monstruo que absorbe, pero no expelle, podría rigurar registralmente con un gran número de bienes adquiridos que no responderían a la realidad, debido a enajenaciones de los mismos no reflejadas en el Registro mercantil.

Acción pauliana

El amplio estudio que de esta acción había hecho el autor en la segunda edición de las "Instituciones" se completa aquí con nuevos datos de Derecho histórico y vigente, conservando la misma tendencia objetiva (no exigencia del "conscius fraudis" en el donatario), sin llegar a apreciar en las donaciones tan sólo el "eventus damni" (17), aunque reconociendo que la tendencia moderna a ello se dirige, y de "lege ferenda" es la más aceptable, y afirmando en una nota (18) "no obstante, creemos que no cabe prueba en contrario (del fraude) en el caso del artículo 643 del Código civil relativo a donaciones".

Elogia a los forjadores del texto refundido vigente por la importante modificación hecha al número 3.^o del artículo 37 de la Ley de 1944, que, a su juicio, era un precepto de redacción desgraciada, mientras que ahora nuevamente se destaca en la Ley como ella sólo se refiere a los subadquientes, con lo que se producen los mismos efectos que en Derecho civil puro. Estima asimismo que basta que en una posible cadena de adquirentes quede uno inmune frente a la acción pauliana para que sus derechohabientes lo estén también.

Medios de inmatriculación.

Dados los términos de los artículos 7.^o y 199 de la Ley Hipotecaria y del mismo contenido de ésta, parecía que la antigua variedad de medios inmatriculadores había quedado reducida a tres: expediente de dominio, título público de adquisición y certificación administrativa de dominio; pero el Reglamento Hipotecario ha venido a desmentir aquel aparente criterio exhaustivo o de lista cerrada de la Ley, de modo que, después de su promulgación, cabe señalar diez medios o títulos inmatriculadores, y lo que es más, dicho Reglamento ha llegado a afirmar la fórmula de lista abierta en el artículo 229. Esto es criticable; el legislador hipotecario debía haber adoptado un solo y único medio o procedimiento de inmatriculación registral, rodeado de las suficientes garantías, plenamente asequible a los interesados y sustanciado ante el Registrador de la Propiedad.

(17) Defendida por CASTRO.

(18) Segunda de la pág. 283 del tomo II.

Artículo 298 del Reglamento.

Considera acertadas las modificaciones introducidas por este artículo, si bien tanto la limitación de un año que establece como la creación de un nuevo procedimiento inmatriculador le parecen demasiado trascendentales para ser hechas por un Reglamento.

En cuanto a la limitación del año, cree que no es aplicable al acta de notoriedad justificativa de la adquisición anterior del transferente (19).

Respecto al procedimiento inmatriculador que introduce, es calificado por Roca como acta de notoriedad, a base de título privado de adquisición.

A su juicio, aquí el Reglamento ha vuelto por los fueros del acta de notoriedad inmatriculadora, que había quedado relegada en la Ley Hipotecaria al pobre cometido de documento supletorio.

Cree que este método, algo encubierto, de implantar y regular el acta de notoriedad inmatriculadora no es aceptable, y gracias a él la regulación de la misma peca de insuficiente y da lugar a muchas dudas.

Era preferible proceder de un modo franco o abierto y establecer una reglamentación completa de la misma.

Expediente de dominio.

No está en lo cierto el Reglamento cuando expresa que este expediente es para acreditar o justificar el dominio, pues esto envolvería una declaración de derechos ajena al expediente de dominio, ya que éste se dirige simplemente a declarar probado o demostrado que una persona adquirió el dominio de una finca, o sea que se ha producido un acto, modo o causa idónea para tal adquisición. Por ello esta resolución tiene un valor constitutivo y no declarativo.

Actas de notoriedad.

Estudia los cuatro tipos de estas actas regulados en la legislación hipotecaria, pero centrando su estudio en las destinadas a la reanudación del trácto interrumpido.

¿Cuál es su objeto? Acreditar solemnemente el hecho de que una determinada persona es tratada, reconocida, considerada o reputada, como si fuera dueña o titular de una finca o participación, dentro del círculo natural de personas con las que mantiene tratos o relaciones. No se exige que se acredite en el acta de notoriedad todo el trácto o encadenamiento de transmisiones no reflejadas en el Registro.

Considera superflua e ilógica la intervención judicial, pues la califica de actividad revisora de una actuación notarial (20). Resume su juicio sobre la forma cómo la legislación hipotecaria regula el acta de notoriedad a fines de reanudación del trácto registral interrumpido con las siguientes palabras: "merece consideración favorable, pero no tanto el criterio fuertemente restrictivo que significa el exigir en todo caso la notificación personal del titular registral o de sus causahabientes".

(19) Disidentes VENTURA-TRAVESET y LA RICA.

(20) Disidente SANZ.

Derecho hereditario.

Sigue aferrado Roca a la que se denomina teoría clásica del derecho hereditario en abstracto: La comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su unidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables. En cambio, respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la indivisión patrimonial (21).

A su juicio, el hecho de que la nueva Ley Hipotecaria sólo admite la anotación preventiva, equivale prácticamente a conseguir que el derecho hereditario tan sólo raras veces pretenda tener acceso a los libros del Registro (22).

Considera, sin embargo, acertada la reforma para hacer cesar el equívoco que el sistema anterior originaba haciendo suponer que lo que estaba inscrito era una cuota indivisa sobre cada finca o derecho integrante de la herencia y no una participación abstracta y global sobre el patrimonio hereditario contemplado como una unidad u objeto superior. Pero existe un medio para lograr el mismo resultado que antes se pensaba conseguir con la inscripción del derecho hereditario. Este medio consiste en que todos los herederos convengan, en escritura pública, en adjudicarse pro indiviso entre sí todas y cada una de las fincas o derechos reales inscritos integrantes de la herencia. De lo contrario, la comunidad de tipo germánico o *in solidum* que se forma impide todo acto de enajenación o gravamen sobre dichos bienes o cuotas de los mismos, como no sea otorgado por todos los herederos.

Cree que cuando el causante sea un cónyuge participe en una comunidad de gananciales no es necesaria la previa liquidación de ésta para anotar el derecho hereditario sobre las fincas o derechos integrantes de tal comunidad, y acepta los efectos que Sanz reconoce a la anotación del derecho hereditario derivados del principio de legitimación registral.

Legítimas.

Cree que el artículo 15 de la Ley es aplicable, no sólo a los legítimos catalanes, sino también a los casos excepcionales previstos en los párrafos segundos de los artículos 840 y 1.056 del Código civil (23). Aunque reconoce que en la práctica sólo recibirá aplicación efectiva tratándose de la legítima propia del sistema sucesorio catalán, pero sin que esto signifique que el artículo 15 carezca de valor en los Registros de los demás territorios, ya que la institución legitimaria, por su carácter sucesorio, tiene alcance extraterritorial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Código civil.

(21) Coincidén, en líneas generales, ROMERO CARRASQUEDA y NAVARRO ARRETEA. Son defensores de la teoría clásica: CASTRO, SANZ, NÚÑEZ LACOS, COEDO y CHAMORRO.

(22) Coincide LA RICA.

(23) Disiente SANZ.

A pesar de la expresión "se mencionarán", del artículo 15, las legítimas se inscriben al modo que se inscriben las afecciones fideicomisarias y demás elementos de trascendencia real integrantes de un acto inscribible.

Sustituciones fideicomisarias.

Aunque el artículo 84 del Reglamento representa alguna mejora en su regulación legal hipotecaria, ésta peca aún de insuficiente e imprecisa.

Derecho de opción.

Cree Roca que aun cuando, a su juicio, el derecho de opción puede construirse como derecho real o como derecho personal, el artículo 14 del Reglamento se refiere a la inscripción del derecho personal de opción, produciéndose algo análogo a lo que ocurre con el contrato de arrendamiento inscrito, es decir, la subrogación del adquirente en la posición del que concedió el derecho de opción (24).

Cree que esto merece crítica desfavorable, pues debía haberse adoptado la anotación preventiva en lugar de la inscripción.

Arrendamientos rústicos y urbanos y el Registro.

Trata extensamente el autor los principales problemas que la legislación especial de estos arrendamientos presenta en relación con el Registro de la Propiedad. Destaca entre ellos la subrogación legal que se produce para el adquirente en la posición de su transferente, pero hace resaltar las diferencias que existen según la clase de arrendamiento, ya que en los de finca rústica esta subrogación sólo tiene lugar cuando el adquirente traiga causa del transferente, pero no en otro caso, a diferencia de lo que ocurre en los arrendamientos urbanos, en los que siempre el adquirente se subroga en la posición del anterior dueño.

Por lo tanto, ni el nudo propietario, ni el fideicomisario, ni los reservatarios, ni los que adquieren la finca en procedimiento tienen que respetar los contratos de arrendamientos rústicos otorgados por el usufructuario, reservista, etc., pero sí, en cambio, los contratos de arrendamiento urbano celebrados. A su juicio, esto último se aparta de los cauces jurídicos, y como no se entienda que la ejecución hipotecaria de finca urbana, sea en vía de administración judicial, sea en vía de enajenación forzosa, provoca la purga de la relación arrendaticia, se va a constituir una fuerte perturbación para el crédito territorial.

La comunidad de gananciales y el Registro de la Propiedad.

El autor considera aplicables al esposo las normas que el artículo 95 del Reglamento establece para la inscripción de las adquisiciones otorgadas por la esposa, y acepta la siguiente doctrina: Si se acredita que el precio es privativo, se inscribe a nombre del cónyuge adquirente. Si no se demuestra, hay que distinguir: a) si la esposa aparece como adquirente,

(24) Coincide LA RICA, en lo fundamental.

se inscribe a su nombre, haciendo constar que no se acredita el carácter, y si el marido ha aseverado o no si el precio era de la propiedad exclusiva de la mujer; b) si es el marido el que aparece como adquirente, se inscribe a su nombre, haciendo constar que no se ha acreditado el carácter.

El Registrador, en funciones de juez territorial en acto de jurisdicción voluntaria, goza de amplio arbitrio para considerar suficientemente probado o no el carácter de la adquisición. Respecto a la importante novedad introducida por el párrafo segundo del artículo 96 del Reglamento, cree que su doctrina debe de relegarse al campo estrictamente registral, o sea a los efectos de poder lograr la inscripción de dichos actos de disposición, pues no cabe suponer que el referido precepto llegue a derogar el Código civil en orden a los poderes dispositivos del marido respecto de los bienes gananciales (25).

Trata también extensamente los problemas que se pueden plantear a la disolución de la comunidad de gananciales, y recuerda el cambio que tiene lugar al producirse una de las causas de disolución, ya que entonces de comunidad de tipo germánico se transforma en comunidad de tipo romano, si bien no por ello puede pretender el cónyuge supérstite disponer de cuotas determinadas sobre alguno o todos de los bienes gananciales singulares, pues estos actos sólo son posibles otorgados conjuntamente por el cónyuge supérstite y todos los herederos del cónyuge premuerto.

Explotaciones industriales de energía eléctrica.

La alusión que el artículo 72 del Reglamento hace a las "diversas suertes de tierra" demuestra que la circunstancia de que las líneas de transmisión de energía atravesen territorios de varios Registros, Ayuntamientos o Secciones, no implica la necesidad ni la posibilidad de extender las breves inscripciones de referencia a que dicho artículo se refiere.

Este punto, a juicio del autor, es criticable, pero merece elogios el haberse dedicado por primera vez en nuestra legislación hipotecaria un precepto especial a estas explotaciones.

Anotación preventiva de demanda de propiedad.

Dada la amplitud con la que actualmente se interpreta el número primero del artículo 42 de la Ley, entiende Roca que es posible anotar la demanda de cumplimiento de una promesa de venta y aquella en la que se ejercente un derecho de opción de compra, aun cuando haya sido construido como mero compromiso u obligación personal.

Respecto de la importante materia de los efectos cancelatorios de la sentencia que haya dado lugar a la demanda anotada, cree que el artículo 199 del Reglamento vigente, en lo que se refiere a los títulos de fecha anterior a la anotación, no proporciona un criterio claro al juez, y que, ante esta laguna, no hay más remedio que adoptar el siguiente: Si la demanda anotada puede y efectivamente da lugar a una resolución judicial, con cuya registración (inscripción o cancelación) quedaría rectificada una inexactitud.

(25) Coincide LA RICA.

tud registral referente a la materia disputada, entonces dicha anotación de demanda prevalece sobre aquellos actos dispositivos o títulos otorgados con anterioridad a ella, siendo en consecuencia cancelables los asuntos por los mismos provocados. En otro caso, estos actos o títulos anteriores prevalecen sobre la anotación de demanda y pueden originar, incluso, la cancelación de ésta.

Cree que la anotación de demanda interrumpe la usucapión *secundum tabulas* e impide el procedimiento del artículo 41 de la Ley.

Anotaciones preventivas de embargo y secuestro.

Considera saludable innovación del vigente Reglamento la nota marginal a que se refiere el artículo 143, pues sirve para solucionar en forma adecuada el problema que planteaba el artículo 38 de la Ley.

Anotaciones preventivas de legados.

Frente a los que han sostenido (26) que después del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, los legados de género o cantidad ya no pueden obtener anotación, una vez transcurridos ciento ochenta días desde la muerte del testador, Roca cree que no existe tal pugna entre los artículos 53 y 98, ya que no son dos preceptos independientes. Aunque reconoce que mejor sería que el artículo 98 no hubiera empleado las palabras "dentro del plazo legal", lo cual sólo debe atribuirse a un error.

Cancelación.

El artículo 178 del Reglamento introduce un notable cambio en la doctrina jurisprudencial imperante.

De este artículo se desprende que la norma vigente en este punto es que para cancelar inscripciones de derechos sujetos a restitución fideicomisaria se requerirá, además del consentimiento del fiduciario, el de fideicomisario o fideicomisarios, salvo cuando tratándose de un fideicomiso de herencia no sean éstos conocidos, ya que entonces bastará el consentimiento del heredero fiduciario, si bien quedando obligado a efectuar la inversión en valores y depósito de los mismos a que se refiere dicho artículo.

La asimilación que establece entre fiduciarios y usufructuarios le parece a Roca exagerada, salvo cuando en las regiones de Derecho romano el usufructo sea constituido a título de institución de heredero, sin existir heredero simple simultáneo.

Censura asimismo que el párrafo tercero no incluya también a los emancipados por matrimonio.

Expediente de liberación de gravámenes.

Cree que el artículo 311 del Reglamento ha aclarado bastante los efectos de este expediente, ya que, a su juicio, la Ley se produce con gran imprecisión. Entiende que ahora pueden aceptarse las siguientes conclusio-

nes: a) La sentencia recaída en el procedimiento de liberación surte efectos entre las partes comparecidas o citadas en el mismo, y, una vez practicada la cancelación correspondiente, produce efectos *erga omnes* y principalmente en beneficio de tercer adquirente posterior, aunque este último efecto sea más bien consecuencia del asiento cancelatorio practicado. b) La sentencia que ponga fin a este juicio de liberación sólo causa efecto dentro del mismo procedimiento, pero no en definitiva, y contra ella no cabe el recurso de audiencia en caso de rebeldía, ni tampoco recurso de casación, pudiendo, en cambio, ser desvirtuada mediante el oportuno juicio declarativo ordinario.

Carácteres de la hipoteca.

La moderna teoría procesalista, que defendida principalmente por Carnelutti pretende reducir la hipoteca a una mera modalidad de acción ejecutiva, hay que rechazarla por pecar de unilateral.

En la hipoteca no todo es ejecución, puesto que la misma despliega una función de seguridad y surte efectos específicos fuera de su fase ejecutiva, la cual, por otra parte, no debe producirse ineludiblemente (27).

Hipoteca de responsabilidad limitada.

El artículo 140 implica que todo propietario de la cosa hipotecada responde *in personam* de la obligación asegurada por ella (28), si bien con responsabilidad concretada a aquella cosa y limitada al importe que se obtenga de ella en vía de ejecución.

Pero no es cierto que cuando la finca hipotecada se transfiera, se extinguiera el crédito (29), pues una hipoteca sin crédito, vacía de contenido, sería una rara figura que extravasaría incluso las particularidades de la deuda territorial alemana. Prueba además de la subsistencia del crédito es que cuando, con arreglo al párrafo tercero del artículo 140 de la Ley, se persigue la otra finca por insuficiencia de la primera, se procede necesariamente por acción personal, sin que la Ley distinga si la finca insuficiente había sido o no transferida a un tercero.

La ampliación de hipoteca, de la que se ocupa el artículo 115 de la Ley Hipotecaria, podrá exigirla el acreedor sobre los mismos objetos hipotecados, mas no sobre otros bienes del propietario, que a la vez es deudor personal.

No es posible pactar la localización de la responsabilidad después de constituida la hipoteca (30).

Este pacto de limitación de responsabilidad sólo es posible en las hipotecas voluntarias por razón de préstamos (31).

(27) Coincide NÚÑEZ LAGOS.

(28) Disiente SANZ.

(29) Así dice LA RICA.

(30) Coincide SANZ.

(31) Disiente SANZ.

Subrogación del comprador en el débito personal hipotecario

En cinco casos cree Roca que se da esta subrogación:

- 1.^o Cuando exista pacto de asunción de deuda.
- 2.^o Cuando el acreedor sea el Banco Hipotecario.
- 3.^o Cuando se trate de hipoteca de responsabilidad limitada.
- 4.^o Cuando se trate de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (32).
- 5.^o Cuando la finca sea enajenada en el ejercicio de cualquier acción real o personal (33).

Compraventa con retención del precio por el comprador, en la parte correspondiente al importe de la deuda hipotecaria.

Cree que no puede prosperar la doctrina de la sentencia de 22 de noviembre de 1943, que ve en el caso de retención una asunción tácita, por parte del comprador, en la obligación personal asegurada con la hipoteca (34).

Hay que entender que la subrogación que establece el artículo 118 es en la hipoteca, que subsiste, si bien al servicio de un nuevo crédito (35).

La originalidad de esta subrogación legal de la hipoteca es evidente, y es elogiable por estar fundada en una razón de equidad.

Distinto caso de retención será el de descuento (36). En el primer caso, el comprador no tiene el carácter de tercer poseedor de finca hipotecada, y sí en el segundo.

Distribución de la responsabilidad hipotecaria.

El artículo 221 del vigente Reglamento, al establecer una excepción, ha venido a confirmar la regla general admitida por la doctrina de que la distribución o reparto de la suma de responsabilidad real no destruye la unidad del crédito.

Hipoteca testamentaria.

Elogia el artículo 248 del Reglamento por haber venido a admitirla francamente.

Hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

En estas hipotecas el deudor puede devolver el capital siempre que quiera (37), y nunca se le puede obligar a hacerlo contra su voluntad.

No le parece muy acertado el artículo 248 del Reglamento, que ha resuelto lo que no quedaba claro en el artículo 157 de la Ley sobre la necesi-

(32) Coincide LA RICA. Disidente SANZ.

(33) Coincidem: JERÓNIMO GONZALEZ, SANZ, GUASP y LÓPEZ TORRES. Disidentes: RUIZ ARTACHO y BLÁZQUEZ.

(34) Disidente SANZ.

(35) Coincide SANZ.

(36) Disidente SANZ.

(37) Disidente SANZ.

dad de que el derecho de renta garantida por la hipoteca ha de ser de duración temporal.

Hipoteca en garantía de créditos pluripersonales.

Elogia la doctrina que se desprende del artículo 227 del Reglamento, que mantiene un criterio contrario a la sentencia de 10 de marzo de 1947 (38). Cree que este precepto es aplicable en todos los procesos de ejecución, sin que la referencia escueta al artículo 131 haga suponer que sólo tiene aplicación al procedimiento judicial sumario (39).

Hace también un estudio doctrinal de los diversos criterios que cabe mantener ante estos problemas.

Legitimación procesal pasiva en la ejecución hipotecaria.

El autor, aceptando la terminología de Guasp, distingue entre partes e interesados, y cree que sólo merece la consideración de parte el propietario de los bienes hipotecados.

A su juicio, el Reglamento Hipotecario vigente, al establecer en su artículo 143 la nota marginal de incoación del procedimiento ejecutivo ordinario, y al preceptuar que es innecesaria en todo caso la citación o notificación del procedimiento a quienes hubiesen inscrito su derecho con posterioridad a aquella nota marginal o a las notas marginales de incoación del procedimiento judicial sumario o del extrajudicial de ejecución hipotecaria, ha venido a afirmar la regla de que al ejecutante le basta con dirigir la ejecución hipotecaria contra la persona que figure inscrita como propietario de la cosa perseguida al tiempo de constar en el Registro la existencia del procedimiento.

Procedimientos de ejecución.

Estudia ampliamente entre los procedimientos de ejecución hipotecaria, la nueva regulación que el Reglamento ha dado al extrajudicial, y en lo que se refiere al ejecutivo ordinario considera un verdadero acierto la nota marginal a que se refiere el artículo 143 del Reglamento.

Antonio TENA ARTIGAS
Notario.

SALINAS QUIJADA, Francisco: "Contribución a la metodología del Derecho privado de Navarra".—Zaragoza, 1947.

Es figura ya conocida entre los juristas del Derecho navarro el Doctor Salinas Quijada, autor de numerosos trabajos acogidos en las revistas más destacadas de España (1).

(38) Comentada por MORO LEDESMA en el fascículo I de este ANUARIO, pág. 298.

(39) Coincide LA RICA.

(1) Cfr.: "Los monasterios y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho foral navarro" (*Príncipe de Viana*, tomo II, año II, núm. 2, 1941); "Las armas en el Derecho

Ultimamente, nos llega el trabajo que reseñamos sobre la metodología del Derecho privado de Navarra. El tema cobra la máxima actualidad en las circunstancias actuales, en que lo foral adviene a un plano nacional por los trabajos que preparan la unificación que salvaguarde los diversos intereses en juego y el respeto a las diversas tradiciones jurídicas de rai-gambre tradicional. Advierte el autor que "el prolífico Derecho navarro carece de bibliografía jurídica, presupuesto necesario para llegar a un tratado sistemático". Estas palabras pueden servirnos de introducción a su trabajo metodológico, que divide en dos partes: literatura jurídica navarra e indicaciones metodológicas.

La primera parte desarrolla esquemáticamente la doctrina jurídica anterior al siglo XIX—López de Palacios, Martínez Olano, Armendáriz, De la Peña—y la más nutrida, por más reciente, de exegetas del XIX—Yanguas, Miranda, Alonso, Zuaznábar, Morales y Gómez—, pasando por la producción jurídica del siglo XX—proyectos de la comisión, de Aizpún y Arvizu, del Colegio Notarial, del anteproyecto de la Diputación y de los proyectos de la misma Diputación foral y de los jurisconsultos Monreal y Covián—, Derecho civil de Lacarra y de los estudios monográficos más recientes (Echaide, Covián, Arellano y del propio Salinas Quijada).

Una introducción histórica permite al autor distinguir en el Derecho navarro esta triple faceta jurídica:

- a) Derecho de origen consuetudinario.
- b) Derecho escrito (fueros, amejoramientos del rey D. Felipe y cuadernos de Cortes; y
- c) Derecho consuetudinario, pero de contenido romano.

Sobre estas bases desarrolla estos tres métodos: 1.^º Método eurístico, que tiende a crear un cuerpo legal y doctrinal armónico, con arreglo a estos principios: depuración del elemento consuetudinario, selección de los cuerpos legales escritos y determinación del Derecho supletorio. 2.^º Método crítico, que tiende a valorar los elementos determinados por el método eurístico y a modernizar las fuentes; y 3.^º Método de coordinación histórica y comparada en cada época territorial y extraterritorial.

Si, como advierte el Dr. Salinas, no se da a esta división de procedimientos otro valor que el de la sistematización jurídica, delimitada en las fuentes legales, con todos sus problemas prioritarios, su trabajo adquiere el máximo interés, cuando precisamente preocupa a la doctrina la preparación del material legal para una próxima codificación general.

José-Enrique GRENO VELASCO

foral navarro" (*Príncipe de Viana*, tomo II, año II, núm. 5, 1941); "Concepto y formas de matrimonio en el Derecho foral navarro" (*Príncipe de Viana*, tomo IV, núm. 12); "Las fuentes del Derecho civil navarro" (*Premio Olave*, 1945); "La dote en el Derecho foral navarro" (Ponencia en la V Semana de Derecho aragonés); "La mayoría de edad civil en Navarra y su unificación nacional"; y un trabajo—todavía inédito—sobre "El Padre de huérfanos en la legislación navarra".

F. SCHNITZER, Adolf: "De la diversité et de l'unification du Droit" (Aspects juridiques et sociologiques).—Institut des Hautes Etudes Internationales.—Génève, 1946.—111 págs.

La idea de la unificación del Derecho, todavía absurda al comienzo del siglo XIX, no es hoy día una utopía, si estudiamos la evolución convergente de los dos grupos de Derecho más importantes en el momento actual—el grupo angloamericano y el continental, en los últimos veinte años. Los pueblos van saliendo del "aislacionismo" jurídico—por el estudio de los Derechos diversos que impone la interdependencia económica y espiritual de la vida moderna, singularmente en las relaciones patrimoniales y en el Derecho penal internacional.

Ha sido admitida, con alguna frecuencia, la actitud extremadamente hostil a la unificación de los sistemas jurídicos, o la no menos hostil, pero doctrinalmente opuesta, de la unificación a ultranza. Sorprende por ello, y es justa la visión de Schnitzer, al constatar en nuestros días diferencias esenciales entre el pensamiento jurídico de los pueblos y al defender una unidad conseguida por grupos de sistemas afines.

La temática, tal como la plantea el autor, no había preocupado todavía en su aspecto técnico. Por ello es de indudable actualidad el contenido esencial del libro que reseñamos, que recoge en lo sustancial las conferencias pronunciadas en el curso del Instituto de Derecho Internacional de Ginebra en el año 1945.

El estudio de Schnitzer tiene cinco capítulos: el primero y el quinto de ambientación (sociología del problema y perspectivas de unificación), y el segundo, tercero y cuarto sobre modos, posibilidades y estado actual de la unificación.

En el primero centra el problema de la unificación legislativa sobre una fase sociológica. A la fase del diversismo jurídico, impuesta por especiales circunstancias políticas, económicas y de medios de comunicación, contrapone una nueva etapa de unificación jurídica que se impone por las especiales exigencias de interdependencia económica y política.

Las premisas del problema, si se plantean filosóficamente, tienen el más alto sentido, del que deduce el autor dos consecuencias fundamentales: concebir el Derecho como producto eminentemente social y entenderlo como designio predominantemente dinámico, que le lleva a negar validez al Derecho natural—entendido estáticamente—y a la teoría pura del Derecho, lo que en última instancia le permite formular su pensamiento de que el contenido del Derecho no se puede alcanzar sin remontarse a sus hechos generadores.

En el capítulo segundo estudia los modos de unificación: reducidos a dos fundamentales: los bélicos y los métodos de paz (migración de pueblos, colonizaciones, recepción de disposiciones aisladas). Estos dos procedimientos componen el primer grado de unificación, el acercamiento, distinto de la unificación—stricto sensu—, que compone el grado superior de evolución legal. La historia del Derecho proporciona al autor una amplia base en que desarrolla los antecedentes en la unificación de los sistemas

legales de Estados Unidos, Francia, Inglaterra, España, Suiza y Alemania, hasta el III Reich.

En el plano internacional impone la distinción entre Derecho—creado por las asociaciones privadas—(Derecho constitucional contractual) de aquel constituido por los mismos Estados (Tratados, votación por los Parlamentos de distinta nación de leyes idénticas y convenciones internacionales). Schnitzer aboga como técnica para el futuro las reuniones de círculos convencionales y los tratados (bilaterales o colectivos).

Cuando en el capítulo tercero aborda las materias que pudieran unificarse, distingue dos grupos bien perfilados: las que llama "materias de tradición", que componen las mismas materias en los mismos países, pero con diferencias en los detalles, y que se refieren a la familia, al patrimonio familiar, a las sucesiones, al régimen de la tierra y de los servicios domésticos, y aquellas otras que denomina económicas y comerciales, en principio más aptas para la unificación (comunicaciones y comercio internacional).

Sin entrar en detalles, pasa revista en el capítulo cuarto al estado actual de la unificación, considerando la referente al derecho marítimo, a los transportes y, especialmente, a la propiedad industrial e intelectual; en el plano regional considera la unificación nórdica y la menos lograda de América del Sur.

Contraponiendo los sistemas jurídicos más acusados, estima que la unificación ha de lograrse parcialmente en ciertas materias acudiendo, principalmente, a las convenciones múltiples.

La valoración conjunta de la publicación del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, es altamente interesante para el jurista, tanto en su aspecto de Derecho comparado como en lo que tiene de ejemplar para la técnica que en su día pueda utilizarse en la unificación progresiva del orden jurídico español.

Acompaña a la obra una nota bibliográfica seleccionada sobre la materia, no muy conocida en nuestros medios de estudios jurídicos.

José-Enrique GRENO VELASCO

Revistas

I. Derecho civil

I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

ANTONI, Jorge: "El tema de la edad y de la capacidad". Revista del Instituto de Derecho Civil. Tucumán, 1, 1948; págs. 9-31.

El siempre interesante tema de la capacidad de los menores es tratado con especial referencia al Derecho argentino, el cual presenta la particularidad de que mientras según sus preceptos—los menores impúberes tienen incapacidad absoluta (art. 54) y los menores adultos son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos (art. 55)—son incapaces, la complejidad de la vida diaria nos muestra una serie de actos que, realizados por aquéllos y tenidos comúnmente como válidos, si se les examina en el campo jurídico son nulos o anulables, hace pensar al autor en la conveniencia de apartarse de los conceptos tradicionales e inspirar las leyes en el proceso de la vida, armonizando más la norma jurídica con la realidad.

Tras examinar el problema a la luz de la historia del Derecho comparado, sienta las bases de la reforma que, a su juicio, debe emprenderse, distinguiendo: una incapacidad absoluta, capacidad relativa, capacidad laboral y capacidades especiales.

CASTAN TOBENAS, José: "La vocación jurídica del pueblo español". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 3 y 4, 1948; páginas 227-283 y 361-395.

(Véase en la sección de libros la recensión a dicho artículo, publicado como separata.)

DIAZ VELASCO, Manuel: "El derecho al nombre civil y la propiedad industrial". Revista de Derecho Privado, 376 y 377, 1948; páginas 659-675.

Tras una ligera alusión a los problemas que el nombre crea a la doctrina, no sólo en cuanto a su naturaleza y contenido, sino también en

cuanto a su utilización, examina ésta desde el punto de vista de la propiedad industrial en cuanto represente una marca comercial determinada.

Con una abundante jurisprudencia y cita de casos prácticos, centra el problema en orden a dos supuestos: personas vivas y personas muertas, exigiendo en uno y otro caso la autorización para utilizarlos.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Certificaciones de existencia, "fes de vida" y de existencia y "estado civil". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 71, 1948; págs. 3-6.

La Orden de 28 de septiembre de 1946, aprobando modelos oficiales para expedir el tipo de certificaciones objeto de este artículo, vino a llenar una laguna existente; pero, al mismo tiempo, dejó en pie el problema de quién debe expedirlas, es decir, qué Registro Civil es competente; el autor critica el criterio de la Ley de Registro Civil de 1870, e incluso el texto del modelo aprobado por la Orden citada, por cuanto, la primera de modo explícito y los segundos implícitamente, confieren tal función al Registro Civil del domicilio del solicitante y no al Registro Civil de la naturaleza, dado que en éste se contienen, por precepto expreso de la Ley, cuantas modificaciones se refieran a la capacidad de la persona.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Trascendencia actual de la diferenciación "ius factum". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 70, 1948; págs. 3-7.

Sólo en el campo meramente especulativo y a causa de conceder excesiva trascendencia a la técnica, puede hablarse de una realidad física y otra jurídica; para el jurista práctico, para el hombre que vive y que realiza el Derecho, las normas no tienen otro valor que el de meras orientaciones a que ajustar el conjunto de hechos que constituyen su conducta.

HERNANDEZ-GIL, Antonio: "En defensa del Código Civil". Revista de Derecho Privado, 378, 1948; págs. 776-783.

Nuestro Código civil ha sido objeto de duras críticas; causa de ello han sido: el desvío para todo lo español, tan corriente, junto con un exagerado elogio de todo lo extranjero; un estudio del Derecho comparado, dentro del cual el Código español ha sido considerado como un dato más y no con su carácter de centro de la vida jurídica civil; y, finalmente, el considerar como contrapuestos o yuxtapuestos a la doctrina y al derecho positivo, cuando realmente son superpuestos.

El Código tiene, como toda obra humana, muchos defectos. pero, a su lado, también muchos aciertos, no siendo los menores el de la elegancia de su lenguaje y estilo, especialmente dignos de ser alabados hoy. Es necesario prestar al Código civil el calor de la comprensión que por

tanto se le ha negado; cita como ejemplo el tan zaherido artículo 1.088, cuyas críticas no resisten un análisis profundo.

Termina señalando el camino a seguir, pero dentro de los cauces del Código civil.

JAMBU-MERLIN, R.: "Essai sur la retroactivité dans les actes juridiques". Revue Trimestrielle de Droit Civil, 3, 1948; págs. 271-299.

En dos grandes apartados estudia el autor tan importante materia: I) Definición y fuentes de la retroactividad; y II) Los elementos directores de la retroactividad, dividiendo éstos en subjetivos y objetivos. Ilustra su estudio con numerosos ejemplos y llega a las siguientes conclusiones: la retroactividad responde a un fin de organización jurídica; pero, como puede dar lugar a efectos no previstos por las partes, es función del legislador dosificar en cierto modo la retroactividad, teniendo en cuenta, por un lado, el elemento subjetivo de la buena o mala fe, y el elemento objetivo o elemento obstaculizador, consistente en el respeto a las situaciones creadas permanentemente por los individuos.

JULLIOT DE LA MORANDIERE: "La réforme du Code civil", en "Recueil Dalloz", 1 de julio de 1948, pág. 117-124; conferencia pronunciada en La Haya en 8 de mayo del mismo año.

El decano de París pone de manifiesto en esta conferencia los motivos, técnicos y de orden social, que justifican la reforma, único medio de poner de acuerdo el Derecho privado con las necesidades modernas y de acabar con el caos de Leyes especiales—la mayor parte de las cuales están en desacuerdo con el espíritu del "Code"—que las circunstancias han impuesto.

El método de trabajo para la moderna codificación tiende a la simplicidad y a la rapidez: un conjunto de miembros (para evitar la unilateralidad de criterio, pero un pequeño número para alejar las discusiones ociosas" componen las cuatro Subcomisiones en que se divide la Comisión general.

El autor expone brevemente los acuerdos tomados hasta la fecha (1).

Finalmente, hace notar la utilidad que para la actual reforma del "Code" representa la que se hizo en Holanda, primer país que revisó el Código de Napoleón. Acaba afirmando que la aproximación del Derecho —también del privado—de los países del Continente es el primer paso para conseguir una Europa unida.

G. O. P.

ORTEGA PARDO, Gregorio J.: "La revisión del Código civil portugués (aportación para la reforma española). Boletim da Facultade de Direito da Universidades de Coimbra, XXIV, 1948; págs. 106-166.

Obligadamente, alude a lo que llama vieja polémica sobre la codificación, examinando fundamentalmente las fuerzas que impulsaron el

(1) En el volumen I, fascículo III, de este ANUARIO se da cuenta de los mismos, así como del funcionamiento de las Subcomisiones.

movimiento codificador, considerando que la codificación es un hecho actualmente impuesto que no lleva consigo la falta de progreso científico; ello, sin embargo, no le impide reconocer el gran fallo de los códigos, que es su falta de dinamicidad lo que obliga a su revisión.

Se refiere a la llamada crisis del Derecho civil a causa de los pretendidos derechos autónomos, que, si bien han surgido bajo la presión de imperiosas necesidades económicas, constituyen como avanzada de un futuro Derecho civil totalmente remozado; la reforma queda justificada sólo por el hecho de ser el medio de cortar la crisis del Derecho privado que amenaza atomizarlo.

El resto de su trabajo lo dedica a examinar la revisión del Código civil portugués en relación con cada una de las grandes partes en que tradicionalmente se divide el Derecho civil.

2. Derechos reales

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

DIAZ GARCIA, José: "La posesión aplicada a las obras literarias".
Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 184, 1948; páginas 528-546.

El Decreto de 13 de octubre de 1938, que da entrada pública a la institución posesoria en el régimen jurídico de la propiedad literaria, ha hecho variar el matiz eminentemente especulativo de la posesión a las obras literarias, para ponerla en contacto con el derecho positivo y adquirir así, pero sólo en cierto modo, un carácter práctico, puesto que la virtualidad de la disposición aludida no ha podido seguir los derroteros que podía haber esperado o querido el legislador al formularla.

Se plantea el autor este problema a través del Derecho común y del Derecho registral. Respecto al primero, afirma que, en principio, no hay dificultad legal para admitir la posesión de las obras literarias conforme al artículo 437 del Código civil; pero dado el carácter "especial" que tiene el régimen jurídico de propiedad de estos bienes, no hay posibilidad de encajar la figura del poseedor no propietario. Por lo que se refiere al régimen hipotecario, el vigente texto refundido de la Ley Hipotecaria ha venido a confirmar que sólo tiene la categoría de verdadero derecho real la posesión en cuanto derecho fundamental de los constitutivos del dominio, quedando la posesión del no propietario reducida a un simple hecho; lo que hace imposible aplicar la posesión a las obras literarias en ninguno de sus aspectos.

MARIN PEREZ, Pascual: "El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título

y el modo". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 246, 1948; páginas 665-697.

Nuestro querido compañero Marín Pérez hace resurgir la famosa cuestión del título y el modo de adquirir el dominio.

Examina el problema, concretándolo a la tradición en cuanto modo de adquirir, su relación con la teoría del título y el modo, y relacionada únicamente con los problemas de orden registral.

Ofrece un cuidadoso estudio de sus antecedentes, de las influencias de orden social y económico y de la posición de la Codificación civil española; todo ello en relación con la doctrina del título y el modo, llegando a las siguientes conclusiones:

No es cierto el abolengo histórico que sus defensores alegan respecto a la doctrina del título y el modo; pero es conveniente mantenerla en el ordenamiento jurídico patrio, aunque sujetándola a revisión, que puede hacerse a base de la sustitución del modo por la inscripción, dando nueva redacción, en este sentido, a los artículos 609 y concordantes del Código civil. La revisión es demandada con toda urgencia por el tráfico jurídico, como remedio a sus apremiantes necesidades en la hora actual.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

A. G. R.: "Voluntad y seguridad jurídica". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 72, 1948; págs. 3-4.

Tras reconocer que la voluntad, si bien no tiene toda la amplitud que la dirección kantiana le confiere en otros campos, señala cómo es en el jurídico, clase de las obligaciones, desempeñando un papel primario en la perfección de los negocios jurídicos, independientemente de su forma de manifestación externa, y que si a veces predomina ésta, se debe bien a consideraciones de orden público o al respeto debido a los derechos de quien contrató al amparo de una seguridad jurídica exterior, que, protegida por el propio ordenamiento, le indujo a error.

AGUILAR GUTIERREZ, Antonio: "El contrato preparatorio o la promesa de contrato". Boletín del Instituto de Derecho comparado de México, 2, 1948; págs. 39-72.

Afirma que el Derecho romano conoció el contrato preparatorio bajo la forma de un pacto: "pactum de ineundo contractu", llamado por los comentaristas "pactum de contrahendo"; el Derecho moderno lo acoge no sin hacerlo objeto de duras críticas.

El autor cree que, desde un punto de vista abstracto y de estricta dogmática jurídica, nada impide el concebir a la promesa como un con-

trato que tiene por objeto obligar a la celebración de otro contrato futuro, supuesto plenamente admisible dentro de la libertad de contratación del Derecho moderno, que significa libertad de estructuración del contenido de los contratos, permitiendo la celebración de convenios de cualquier contenido con los objetos más multiformes posibles, y entre ellos la de contratos que tengan como finalidad la contratación posterior.

BEIRAO PIRES DA CRUZ, Emilio: "Tiempo de cumplimiento de las obligaciones. Consideraciones sobre la presunción del artículo 740 del Código civil". *Boletim do Ministerio da Justiça*, 8, 1948; págs. 38-54.

La presunción según la cual el plazo de pago siempre se presume estipulado a favor del deudor es aplicable a todos los contratos, lo mismo civiles que comerciales, inclusive a los usuarios, pudiendo solamente ser eludidos o por estipulación expresa o cuando las circunstancias que acompañan al contrato revelen inequivocamente que el plazo fué establecido también en beneficio del acreedor o en beneficio de éste solamente.

BONET RAMON, Francisco: "Algunas figuras afines al contrato de mandato". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 6, 1948; páginas 633-673.

La primera figura que analiza es la *autorización*; cita la opinión de autorizados juristas y termina considerando que la diferencia que existe entre aquélla y mandato es la misma que existe entre oferta de contrato y contrato.

También guarda diferencias con el contrato a favor de tercero y la interposición de persona, distinguiendo dentro de éste la interposición ficticia y el negocio fiduciario. Por lo que hace a la mediación, la configura como un contrato *sui generis*, que se aproximará al contrato de trabajo o al contrato de obra, según que el mediador se obligue o no a prestar una especial actividad para la obtención de un resultado: la celebración del contrato que los interesados desean. Finalmente, al amparo del *nuntius* o mensajero, señala cómo mientras entre representante y representado existe cooperación en la formación de la voluntad, entre el mensajero y el que lo envía sólo existe cooperación en la manifestación de la voluntad misma.

DEJANA, Giommaria: "Gestión de negocios ajenos y actos dispositivos". *Rivista del Diritto Commerciale*, 7-8, 1948; págs. 225-268.

Una sentencia de la Corte Suprema—estableciendo que "la gestión de negocios es admisible para cualquier negocio privado capaz de representación y aun para los actos dispositivos, a excepción de aquellos por los cuales la representación debe ser de una forma determinada, para los fines de la existencia del acto", motiva este artículo, considerando

el autor que al formular esta excepción la Corte Suprema, inexplicablemente ha confundido la institución de la representación con la de la procura.

Examina prolijamente el concepto de gestión de negocios ajenos, señalando los peligros que entraña, a la par que su conveniencia en determinadas situaciones, indicando cómo aquéllos se palian mediante una válvula de seguridad que la institución lleva en sí misma: el requisito de la "utiliter gestio".

FERRER MARTIN, Daniel: "Ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946". Revista General de Derecho, 46 y 47, 1948; págs. 402-415.

Lo estudia en relación al tiempo y en relación a los contratos que son objeto de regulación legal.

Desde el primer punto de vista, señala cómo la regla general es la retroactividad de la citada Ley, si bien a esta afirmación en la Ley se señalan determinadas excepciones; discrepa de algunos comentaristas, oponiéndose a la afirmación que éstos hacen señalando como caso de irretroactividad la renta de los contratos, de que tratan los artículos 5.^º y 6.^º, que se celebren después de la vigencia de la Ley, que podrán ser libremente pactados, conforme a la 19 disposición transitoria; aquí no es un caso de irretroactividad, pues ésta opera sólo en relación con situaciones jurídicas creadas, sino respecto a las que se creen.

Por lo que hace a los contratos, los estructura en base a dos criterios: a) *positivo*; son objeto de su reglamentación: los arrendamientos de vivienda y locales de negocio; los subarriendos y cesiones de viviendas y locales de negocio, y los arrendamientos de viviendas amuebladas; b) *negativo*; se excluyen de ese ámbito los arrendamientos de temporada, los arrendamientos de fincas rústicas y los de industria.

FERRER MARTIN, Daniel: "El capítulo XII de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946". Revista General de Derecho, 48, 1948; págs. 474-484.

En un artículo, de evidente interés práctico para el profesional del Derecho, desbroza este importante capítulo de la Ley vigente. En cinco apartados: Competencia, Procedimientos, Recursos, Costas y Ejecución de sentencias, examina todos y cada uno de los problemas que el mismo suscita, distinguiendo en cada caso según se ventile ante un Juzgado Comarcal o un Municipal.

FIGA FAURA, Luis: "El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado". Revista de Derecho Privado, 379, 1948; páginas 880-888.

Para que se dé el retracto no es suficiente la perfección del contrato, sino que, por lo menos, es necesario que la transmisión del dominio haya

tenido lugar, y aunque las demás prestaciones, especialmente el pago del precio, hayan quedado aplazadas; en este supuesto no puede hablarse de contrato consumado, aunque la transmisión del dominio se haya producido. Este caso ha sido resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1944, que, en un caso de compraventa con precio aplazado garantizado con hipoteca sobre la misma finca vendida, declara la procedencia del derecho de retracto; critica dicha solución, pero reconoce que una tendencia jurisprudencial en el sentido de estimar improcedente el retracto en el caso que se examina sería fuente fecunda de fraudes difíciles de demostrar cuando el precio aplazado estuviere garantizado por bienes propios del comprador, pero distintos de los transmitidos.

MENGONI, Luigi: "Resolución por incumplimiento y terceros subadquientes". *Rivista del Diritto Commerciale*, 7-8, 1948; págs. 300-309.

La falta de transmisión de la posesión de la cosa mueble, objeto del contrato translativo resuelto, no tiene influencia sobre la sobreguarda del derecho del tercero, que había adquirido *anteriormente* a la proposición de la demanda de resolución; ésta es relevante tan sólo para los fines de la sujeción del subadquirente, a los efectos del secuestro o de la *exceptio inadimpteti contractus*.

RIVERO DE ANDREA, Fernando: "La diferencia entre la renta de una vivienda o local de negocio y el precio del subarriendo ¿debe sujetarse a contribución urbana?" *Revista General de Derecho*, 49, 1948; páginas 537-547.

Tras perfilar el concepto de renta en base a las disposiciones legales que a la misma se refieren, encamina el subarriendo recogido por los artículos 14-32 de la Ley, estableciendo dos grupos: *Viviendas*, respecto a las cuales estudia el subarriendo parcial, el subarriendo total y la convivencia con el inquilino de personas extrañas; *locales de negocios* y los factores que integran este subarriendo.

Carente nuestro Derecho de un precepto claro en esta materia, de la exégesis de los preceptos reguladores no se deduce la sujeción a tal impuesto; por ello concluye afirmando que la diferencia entre la renta de una vivienda o local de negocio y el precio o merced del subarriendo no debe sujetarse a contribución urbana.

VAZQUEZ GUERRA, José: "El arrendamiento del derecho a cazar y su patrocinio por las acciones interdictales". *Revista General de Derecho*, 50, 1948; págs. 604-613.

Trata de resolver el autor si la caza puede ser considerada como objeto esencial de un contrato de arrendamiento, si este negocio jurídico surte efectos contra terceros cazadores y si la posesión de hecho derivada del mismo puede ser defendida por el interdicto.

La reglamentación vigente de arrendamientos rústicos lo exceptúa de su ámbito; ésta es la única alusión circunstancial a tal materia; no se encuentran preceptos positivos que se refieran a ella; por esto el autor la estudia distinguiendo entre terrenos acotados o redados y terrenos libres; respecto a los primeros cabe su arrendamiento como aprovechamiento secundario de los mismos e incluso el utilizar los interdictos para mantener al arrendatario en el goce de la cosa arrendada por todo el tiempo de duración del contrato.

4. Derecho de familia

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

A. G. R.: "Uniones maritales de hecho". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 63, 1948; págs. 3-4.

La legislación de Guatemala ha dado un paso sumamente audaz en el campo del Derecho de familia al reconocer, por Ley de 29 de octubre de 1947, determinada transcendencia civil a las llamadas "uniones maritales de hecho".

Se "reconoce legalmente" la unión de hecho de un varón y una mujer mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que hubiesen fundado hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales.

CORNEJO, Raúl J.: "Administración de los bienes propios de la mujer". Revista del Instituto de Derecho Civil (Universidad de Tucumán), I, 1, 1948; págs. 32-47.

El régimen de los bienes conyugales, en la legislación argentina, ha sufrido recientemente un cambio fundamental, en lo que a su administración y disposición se refiere, y, concretamente, respecto a los bienes propios de la mujer, cuya administración, en principio, queda en manos del marido en virtud de un mandato tácito presumido por la ley ante el silencio de la mujer, y sin perjuicio del derecho que ésta pueda tener para administrarlos también.

Trata el autor de averiguar cuál es el régimen de administración a que están sometidos los bienes de la mujer, mientras no manifiesta su voluntad contraria a que sean administrados por el marido, llegando a las siguientes conclusiones:

1.^a La administración por el marido de los bienes propios de la mujer tiene un carácter contractual.

2.^a El principio de administración tácita sólo se aplica a los bienes propios y no es extensible a los gananciales.

3.^a Las facultades que la ley concede al marido sobre los bienes propios de la mujer se refieren exclusivamente a la administración y no a su enajenación.

DAVILA, Julián: "Los poderes del marido sobre disposición y obligación de los bienes gananciales". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 246, 198; págs. 698-704.

El presente trabajo tiene por objeto, como dice su autor, lanzar a la crítica unas nuevas ideas para que se fije la doctrina común y se delimita el ámbito de los poderes del marido, de los que se usa y abusa en la práctica jurídica.

El Código civil otorga al marido poderes algo excesivos, aunque un poco atenuados por la misma jurisprudencia, en atención a los intereses familiares y personales; pero frente a éstos se encuentran los intereses del tráfico en general, de la publicidad de los actos y de la apariencia jurídica, y por ello una interpretación favorable a la concurrencia de la mujer haría un poco incierto el tráfico, con las consiguientes dudas y esperas.

DIAS DA FONSECA, Manuel: "Da aplicação do regime das segundas nupcias ás estirpes ilegítimas". *Boletim do Ministerio da Justiça*, 8, 1948; págs. 55-65.

El régimen jurídico establecido en el Código civil portugués, relativo a las segundas nupcias, está lleno de dificultades, por la imprecisión de los textos que lo regulan y que la reforma de 1939 no ha resuelto.

Intenta averiguar el autor si la institución de las segundas nupcias deberá ser aplicada a la familia ilegítima. La ley, en principio, equipara los hijos legítimos a los legitimados; pero, por lo que respecta al derecho sucesorio, los hijos legitimados heredan en las mismas condiciones que los legítimos, aunque en proporciones diferentes, cuando aquéllos concurren con éstos.

Por lo que se refiere a la sucesión de los padres ilegítimos de bienes dejados por los hijos, tienen, en principio, la misma consideración que los legítimos, y cuando existe diferencia es para un tratamiento más desfavorable.

PUIG PEÑA, Federico: "Las situaciones finales en la adopción". *Revista de Derecho Privado*, 381, 1948; págs. 1045-1062.

Ofrece un concepto de la adopción, del que deduce los tres pilares fundamentales sobre los que se basa una institución jurídica. Tiene por finalidad establecer entre dos personas extrañas relaciones de paternidad y filiación semejantes a las que tiene lugar en la filiación legítima, constituyendo modo de transmitir la patria potestad. Por la relación adoptiva se da satisfacción cumplida a los más nobles y generosos impulsos de la voluntad humana.

La relación adoptiva puede terminarse por la ley natural, en cuyo caso no se alteran los presupuestos fundamentales del instituto; o en virtud del ejercicio de la acción de nulidad o de revocación, producién-

dose los efectos siguientes: primero, cesación de la patria potestad; segundo, pérdida del derecho a llevar el apellido; tercero, desaparición del impedimento patrimonial; cuarto, extinción de la obligación alimenticia, y quinto, consolidación de las donaciones.

REQUENA, Angel: Propiedad de los depósitos indistintos bancarios entre cónyuges". Revista General de Derecho, 49, 1948; págs. 548-550.

El autor intenta averiguar a quién se reputa la propiedad del depósito indistinto bancario entre cónyuges, en caso de fallecimiento de uno de ellos.

En nuestra legislación no está especialmente regulado a quién ha de destituirse el depósito en caso de muerte de los depositantes, lo que ofrece en la práctica serias complicaciones cuando la entidad bancaria no tiene previsto semejante evento.

Examina el problema a través del Código civil y del Derecho foral catalán, llegando a las siguientes conclusiones:

Primera. Si el depósito se ha constituido con dinero propio de uno de los cónyuges, la propiedad del depósito pertenece al depositante mientras viva, pues, pudiendo involucrar tal acto una donación prohibida, la facultad de revocación persiste durante la vida de éste.

Segunda. Si el depósito se ha constituido sin determinar la pertenencia del dinero depositado o con el que se hizo la adquisición, deben reputarse también los bienes propiedad del esposo, haciéndose aplicación de la regla anterior.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

CAMARA, Manuel de la: "Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria". Revista de Derecho Privado, 376 y 377, 1948; págs. 637-659.

Examina el autor el problema que surge, o puede surgir, a raíz de la muerte del causante, en el caso de que el testamento contenga una sustitución fideicomisaria, sean varios los herederos, no afecte a todos el fideicomiso y quieran éstos deslindar los campos y señalar los bienes que a cada uno corresponde separadamente.

Respecto a la partición, llega a las siguientes conclusiones prácticas: primera, los problemas fideicomisarios, antes de que la condición se cumpla, no pueden partir nada entre sí; segunda, entre los herederos puros y el fiduciario o fiduciarios el testador o el comisario nombrado por él, pueden realizar la partición con carácter definitivo y vinculante para los fideicomisarios, y tercera, la partición realizada por los herederos puros y el fiduciario es un acto provisional, si no se obtiene la autorización

judicial, y sólo quedará firme si, a la muerte del fiduciario, la condición no se cumple o no existe ningún fideicomisario.

FRANCESCH DE CERDA, Manuel: "Derecho a la legítima de los descendientes en Cataluña". *Revista Jurídica de Cataluña*, 54, 1948; páginas 31-52.

El origen de la legítima en Cataluña parece hallarse en la obligación que, en la época de Carlomagno, se imponía a los españoles en caso de muerte, que, refugiados en la Marca Gótica, ocupaban, mediante licencia del Emperador, las tierras yermas o abandonadas, poniéndolas en estado de cultivo, de transmitir éstas forzosamente a sus hijos y, en defecto de los mismos, a sus demás descendientes.

Considera la legítima como un derecho real, una parte de la herencia abintestato, a la que tienen derecho los hijos legítimos, los naturales y los adoptivos; pero el Tribunal Supremo, basándose en el Derecho romano, sienta el criterio de que el Derecho foral catalán vigente deniega a los hijos naturales este derecho, concediéndoles tan sólo alimento.

Termina afirmando el autor que la cuota legitimaria y el privilegio de satisfacerla en metálico son las dos características más importantes de esta institución en Cataluña, ya que representa la libertad individual y el gran valor social que se atribuye al patrimonio familiar.

FUENTES TORRE-ISUNZA, Juan B.: "La adquisición del derecho en la sucesión abintestato y el párrafo primero del artículo 14 de la Ley Hipotecaria". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 184, 1948; págs. 79-95.

En el presente trabajo (preparado con anterioridad a la publicación del texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946) se trata de demostrar la *inutilidad* del párrafo primero del artículo 14 de la Ley de 1944, respecto a la "necesidad de la declaración judicial de heredero en los casos de normalidad del derecho" (que ha sido reproducido literalmente en el artículo 14 del vigente texto refundido) como título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro.

Aboga por las declaraciones de herederos notariales, ya que es necesario acercar la función pública al que la necesita, y los Juzgados de Primera Instancia cada vez se alejan más del público, dada la tendencia a reducirlos; lo que hace en multitud de casos que la titulación pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad se interrumpa, por no estar la función al alcance y comodidad del que la necesita.

GOMEZ MORAN, Luis: "Las "cláusulas de estilo" y el contador partidor". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 245, 1948; páginas 629-646.

Como indica su autor, pretende hacer un comentario sobre un estudio del señor González Palomino, publicado en los *Anales de la Academia*

Matritense del Notariado bajo el subtítulo particular de "Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar", y que, después de examinarlo debidamente, llega a las siguientes conclusiones:

1.^a Las tituladas "cláusulas de estilo" corresponden a los requisitos accidentales de los contratos, y su fundamento se halla en el artículo 1.255 del Código civil.

2.^a Estas cláusulas desarrollan el derecho dentro del Derecho; pero, por mucho que se generalice su uso, son impotentes para crearle, porque la función legislativa no compete al particular, sino al poder público.

3.^a Aquellas cláusulas que no se oponen a ningún precepto legal y que, por su generalización, integran una costumbre jurídica, pueden producir efectos de este tipo, conforme se desprende del párrafo segundo del artículo 6.^º del Código civil.

4.^a Cualquiera que sea la eficacia que pretenda atribuirse a las mencionadas cláusulas, deben reflejar el pensamiento del otorgante y no el criterio del notario.

5.^a La cláusula de "no estorbar", preconizada por el señor González Palomino, no se halla permitida ni prohibida por la Ley, de donde debe deducirse su permisión o autorización con arreglo al artículo 4.^º del Código civil.

TRULLENQUE SANJUAN, José: "La "actio petitio hereditatis". Revista General de Derecho, 46, 47 y 48, 1948; págs. 395-401 y 466-473.

Generalmente, se suelen atribuir a esta acción dos o más efectos; pero llegado el momento de señalar su naturaleza jurídica, la asignan una; pero, como afirma el autor, no cabe desdoblar el contenido de la acción que nos ocupa y después considerar que todavía, como tal, tiene un carácter y naturaleza jurídica que sólo atañe a una de sus partes integrantes.

Después de examinar las diversas teorías acerca de su naturaleza real, personal o mixta, llega a la conclusión de que no es posible calificar a la acción "petitio hereditatis", en su conjunto, con el calificativo que señale la sola naturaleza jurídica de uno de los dos aspectos que en sí lleve aquella acumulados. Lo procedente es considerarla como una acción compleja, a la que se deben asignar los caracteres de imprescriptible, declarativa, universal y absoluta.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARÍN PÉREZ.

ARANGO Y CANGA, Ladislao G.: "Hipoteca de arrendamiento de inmuebles". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1948; 243-244; páginas 557-566.

Después de examinar las diversas resoluciones a que puede conducir la figura jurídica analizada, en el Código civil, en la Ley de Inquilinato y en

la del colonato; llega a la conclusión de que es posible la inscripción de la hipoteca arrendaticia, aunque aconsejando que, en el supuesto de que ingrese en alguno de nuestros Registros título de esta clase, no se admita la inscripción, con el fin de provocar un recurso dentro del cual la Dirección General resolverá sobre la cuestión, determinando normas de general aplicación que aulen los diversos criterios que por los Registradores puedan sustentarse, lo que no implica nada en cuanto a la necesidad de la urgente regulación de la figura.

AZPIAZU RUIZ, José: "Criterios de autoridad". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 246, 1948; págs. 705-714. Con una adición final de P. C.

Una defensa del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en contra de la interpretación judicial y de la doctrina sostenida por Roca Sastre y De la Rica y Arenal en torno a la frase del artículo 41, que dice: "Siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente". Sostiene el autor que esa vigencia ha de ser apreciada por el Registrador y no por el Juez.

P. C., en la nota adicional, sostiene que la contradicción tiene que ser total de la vigencia del asiento y la palabra *alguna* ha de referirse a una contradicción de las varias que pueden existir con el asiento.

BLOCH, José María: "Arrendamiento de inmuebles". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 243-244, 1948; págs. 481-530.

En este trabajo, su autor llega a las siguientes conclusiones:

Primera. La moderna legislación de arrendamientos ha concluido con la figura de la "locatio conductio", heredada del antiguo Derecho romano, sustituyéndola por una nueva creación de carácter anfibológico que no reúne, por completo, las características de los derechos reales ni de los personales.

Segunda. Juega, en la mayoría de los casos, como una especie de limitación legal del dominio, creando una verdadera carga de la propiedad inmueble, generalmente carente de publicidad, con los consiguientes inconvenientes para el tráfico territorial, recordando, algunos de sus preceptos, las disposiciones que se citan como precursoras de las Contadurías de hipotecas.

Tercera. La existencia de tales cargas carece hoy de justificación, disculpable tan sólo si se tienen en cuenta las trágicas circunstancias por que atraviesa hoy el mundo.

Cuarta. Al matar, además, la consideración institucional del arrendamiento, se ha dejado un vacío, por haberse mermado considerablemente las facultades de los incapaces.

Todo ello aconseja que al cambiar las circunstancias se diversifique el régimen de arrendamientos distinguiendo ambas clases, volviendo a restablecer el régimen anterior, si bien sin darle, en manera alguna, la ampli-

tud del Código civil, ya que el Derecho aconseja siempre atemperar sus instituciones a la moderna vida social.

FIGA FAURA: "El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado". Revista de Derecho Privado, 379, 1948; págs. 880-888.

Artículo en el que, después de criticar la deficiente regulación que del retracto hace el Código civil, teniendo en cuenta el carácter de derecho real del mismo que, para el autor, aparece claro, se relaciona con la especie de mención expresa que, para que pueda tener carácter de condición resolutoria expresa, determina el artículo 11 y concordantes de la Ley hipotecaria, vaticinando un cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de considerar distintos el retracto en general y el de la compraventa con precio alzado.

HERAS MARTINEZ, Fernando de las: "Trascendencia de la moderna legislación de montes en el Registro de la Propiedad". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 243-244, 1948; págs. 548-556.

Partiendo de que la clásica distinción entre montes públicos y privados, establecida en la Ley de 24 de mayo de 1863, resulta ya anticuada, el autor distingue: a) Montes del Estado, en los que el título inscribible será el acta de deslinde, firmada por el Perito o Ingeniero encargado y por los interesados asistentes cuya negativa no se haya consignado por diligencia, una vez aprobada por el Ministerio, será el título inscribible en el Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el número 2 del artículo 12 del mismo Reglamento hipotecario. b) Montes de Corporaciones públicas o de particulares: distingue entre *convenios*, en los que si la finca no estuviese inscrita será precisa la inmatriculación; *compras y permutas y expropiación forzosa*, que no presentan especialidades registrables, rigiéndose por las reglas comunes a todas las expropiaciones.

En cuanto a las expropiaciones especiales impuestas a los Registradores, son: una positiva, cual es el aviso a la Administración que determina el artículo 2.^º del Decreto de 24 de septiembre de 1938, y otra negativa, contenida en los artículos 63 y 64 del Reglamento de 30 de mayo de 1941.

MARIN PEREZ, Pascual: "El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales en relación con la doctrina del título y el modo. (Notas para un estudio.)" Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 246, 1948; págs. 665 a 697.

(Véase "Derechos reales".)

MARTIN GAMERO ISLA, José: "Régimen de la propiedad territorial en Guinea". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 242, 1948; páginas 438 a 454.

Se trata de un comentario a la Ley de 4 de mayo de 1948, oponiéndose a los que quieren incluir en el grupo australiano nuestra legislación re-

gistral para Guinea, para lo cual analiza la ley, en relación con la legislación anterior y las opiniones de la doctrina, resumiendo en 11 conclusiones finales las directrices fundamentales de la reforma, relativas a la inscripción implícita, usucapión, medios de inmatriculación, posibilidad de inscribir la contratación privada, transmisión por endoso de los derechos inscritos, certificado-título de dominio, no admisión de las llamadas "finca hipotecarias" e inscripción obligatoria en el sentido de no producir efecto los títulos no inscritos.

MENCHEN BENITEZ, Bartolomé: "Cuestiones de caducidad hipotecaria: la rogación y el impuesto". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 243-244, 1948; págs. 567-571.

Se trata de unas observaciones críticas al artículo 98 y a las tres primeras disposiciones transitorias de la Ley Hipotecaria, en torno a la deficiente regulación reglamentaria de la cancelación de menciones caducadas, de anotaciones preventivas e hipotecas de esta índole, sosteniendo que dichos asientos están exentos del pago del impuesto de Derechos reales.

MOLINA Y RAVELLO, Enrique: "Comprensión de la fe pública registral". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 247, 1948; págs. 770-775.

Se trata de una interpretación del principio de fe pública registral en relación con las inscripciones que, por vía de inmatriculación, no hayan cumplido el término de los dos años a partir de la primera inscripción, entendiendo el autor, de acuerdo con el sentido de la totalidad del ordenamiento civil e hipotecario, la interpretación de la doctrina extranjera y el preámbulo de la Ley de reforma hipotecaria, de 30 de diciembre de 1944, que siendo causahabiente de un titular registral, por vía onerosa, le comprende la fe pública, puesto que ésta se basa en la confianza en el Registro, no haciendo falta que el derecho esté ya inscrito en el momento de la declaración de disposición, pudiéndose hacer con posterioridad, basándose en la garantía del principio de legalidad.

MCRENO MOCHOLI, Miguel: "El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria". Revista de Derecho Privado, 381, 1948; páginas 1062-1097.

En este bien construido y documentado estudio se analiza la naturaleza jurídica del nuevo proceso creado por la Ley Hipotecaria, comparándolo y relacionándolo con los diversos tipos de procesos especiales y llegando a la conclusión de que se trata de un verdadero proceso de ejecución que, como una subespecie del que tiene por objeto la protección inmediata de los derechos de crédito, ampara los derechos reales inmobiliarios inscritos.

Estudia, después, el ámbito del nuevo proceso, la naturaleza, causas y carácter limitativo de la contradicción, acabando con un detenido análisis de cada una de las fases del procedimiento.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "Materiales para el análisis crítico del valor de la inscripción en la vida de los derechos reales". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 242, 1948; págs. 417-437.

Continuando un trabajo anterior sobre la naturaleza de la inscripción, en éste analiza el autor el problema, a través de cinco etapas históricas: Proyecto de Código civil de 1836, autores anteriores a 1861, autores que vivieron la Ley de 1861 a 1909 y doctrina que podríamos llamar moderna.

El autor resume brevemente las diversas opiniones, llegando a la conclusión de que en todos hay dos apreciaciones comunes: una, que la inscripción de los derechos que nacen extraregistralmente no es simplemente declarativa, sino que añaden un valor después registrado, y la otra, que ese valor es precisamente el de su eficacia "erga omnes".

Promete el autor la continuación del artículo para analizar críticamente las opiniones de la doctrina en los diversos casos singulares de inscripción.

REZA, Alfredo: "Contradicción del artículo 143 del Reglamento Hipotecario con la Ley". *La Notaría*, 1948, primero y segundo trimestres, páginas 47 a 51.

Breve trabajo en el que el autor, teniendo en cuenta la controversia que vino a resolver la Orden de 22 de noviembre de 1929, que enfocó la discrepancia entre los dos textos legales desde el punto de vista material, él se lo plantea ahora, en el aspecto procesal y basándose en la doctrina de La Rica, sostiene que el artículo 143 del Reglamento está en contradicción con varios preceptos de la Ley, entre otros, con el artículo 20 y con el 126.

RUIZ MARTINEZ, Francisco: "Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 245, 1948; págs. 601-617.

El autor expone una serie de problemas a que dan lugar los textos legales que comenta, que considera desechados, analizando las distintas situaciones que se pueden plantear: venta con precio aplazado sin pacto alguno de garantía, pacto de resolución expreso para el caso de incumplimiento, venta con precio alzado en la que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita y el caso de constitución de hipoteca en garantía del precio.

SERVAT ADUA, José: "Derechos reales y pactos de trascendencia real". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 247, 1948; pág. 750-769.

A través del articulado del Código civil y de la Ley Hipotecaria, y después de distinguir los derechos reales de los pactos de trascendencia real, el autor aborda el problema de "numerus apertus" o "numerus clausus".

sus" en el Derecho positivo español, haciendo un esquema enumerativo de la serie de derechos reales y de los inscribibles, tengan o no naturaleza real.

Luego de exponer una interesante interpretación de "numeris aper-tus" y una serie de sugerencias en torno al derecho de opción, de tan discutida naturaleza, pasa a hacer un examen, a través de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, enumerándolos, de los pactos de trascendencia real, de los derechos reservados, condiciones y limitaciones de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria.

Acaba con un examen de las obligaciones que deben eliminarse de la inscripción, salvo cuando adopten la forma de condiciones resolutorias expresas, como una de las excepciones al párrafo primero del artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

VIRGILI SORRIBES, Francisco: "Ejercicio de la acción hipotecaria cuando el crédito pertenece a varios acreedores mancomunadamente". La Notaría, primero y segundo trimestres de 1948; págs. 113-123.

Se plantea el autor de este trabajo el caso de hipoteca mancomunada, en garantía de una obligación, cuando vencida ésta uno de los acreedores quisiera ejercitarse la acción hipotecaria y el otro o los otros se opusieran.

La legislación anterior no resolvía este problema que una Resolución de la Dirección General lo consideró como una laguna de la anterior legislación.

Después de resumir las diferentes posiciones doctrinales mantenidas, el autor llega a la conclusión de que, después de la publicación del nuevo Reglamento Hipotecario, se puede resolver al amparo del artículo 227 del mismo.

III. Derecho mercantil

I. Parte general

A cargo de E. VERDERA y TUELLS.

BERGAMQ, LLABRES, A.: "Las responsabilidades patrimoniales derivadas del ejercicio del comercio por la mujer casada". Revista de Derecho Privado, octubre 1948; págs. 873-880.

Los efectos de la asunción por la mujer casada de la cualidad de comerciante repercuten sobre la responsabilidad del patrimonio conyugal y sobre la capacidad de la mujer. La "gestión mercantil", sobre la que se apoya la estructuración normativa de nuevo Código, puede estar integrada por un número de elementos muy superior al que arroja el artículo 2.^º del C. de c.

La regulación mercantil de las responsabilidades patrimoniales de la mujer casada se ha establecido en su propio beneficio, tendiendo a robustecer su crédito. Salva evidencia palmaria, los actos jurídicos realizados por la mujer casada comerciante son de gestión mercantil y se hallan afectos a la responsabilidad patrimonial solidaria que establece el artículo 10.

La solución mercantilista de afectación solidaria de los bienes, frente a la civil, no permite la diversificación entre patrimonio mercantil y patrimonio civil, contraria a la concepción unitaria del patrimonio de nuestro ordenamiento.

La responsabilidad contraída por el marido se explica revirtiendo sobre la mujer todas las responsabilidades derivadas de su ejercicio comercial, considerando que forman parte de su patrimonio los bienes del marido. El principio de la responsabilidad solidaria es de Derecho público; deja intacta la doctrina civil de la compensación y tiene alcance puramente matrimonial.

FERRARA, Francesco: "Naturaleza jurídica de la hacienda mercantil". Revista de Derecho Privado, noviembre 1948; págs. 957-981.

El elemento diferencial que explica la especial protección de la empresa como algo distinto de sus elementos singulares está en la "organización"; no en el conjunto de elementos organizados, sino en la organización de éstos.

La empresa es un bien inmaterial, que debe enumerarse entre los muebles. El derecho sobre la empresa es un derecho de propiedad.

La empresa goza, dentro de ciertos límites, de la defensa acordada para las cosas corporales y la de ser susceptible de una verdadera y propia posesión, con las defensas propias de ésta y con la posibilidad de aplicarle la usucapión.

El expediente de la accesорiedad legal, debido a Valeri, es el que explica el aparente contrasentido que supone el afirmar que la empresa es algo distinto de los elementos singulares que la componen y añadir que en la cesión de la empresa pasan al adquirente todos los elementos organizados de la misma.

HERNANDO DE LARRAMENDI Y DE MONTIANO, Ignacio: "Lloyd's". Revista de Derecho Mercantil, núm. 16; página. 7-37.

La estructuración de la institución, debida a una interesante evolución, tiene ya sus primeras manifestaciones en el siglo XVII.

Esta institución no asegura, solamente defiende los intereses de sus miembros aseguradores, dirigiendo su política en sus relaciones con el exterior, encargándose del cumplimiento de las normas y administrando los fondos comunes. Posee una organización corporativa y un Comité de gobierno, encargado de la inspección de las cuentas y situación financiera de los "Underwriters". Forman parte de la corporación: miembros, suscriptores anuales, asociados y sustitutos.

El espíritu colectivo, muy predominante, se manifiesta en la preocupación constante por el mantenimiento de un prestigio, de una tradición y de un "bien hacer". Todo ello compatible con la mayor independencia individual.

Toda operación, caracterizada por la flexibilidad y sencillez, se hace por intermedio de los "Lloyd's Brokers", que, en base a los "slips", redactan la póliza.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando: "Introducción al Derecho financiero".
Revista de Derecho Mercantil, núm. 15, mayo-junio 1948; págs. 313-351.

Es un resumen de los argumentos fundamentales alegados hasta ahora en defensa de la autonomía del Derecho financiero, dando cuenta, además, de las principales objeciones. Hace resaltar los aspectos económico, político y sociológico de la actividad financiera, afirmando su complejidad. ¿Cómo debe denominarse el Derecho que regula tal actividad? El autor rechaza la generalizada denominación, entre nuestros autores, de "Legislación de Hacienda pública", y propone la de "Derecho financiero", consagrada en todos los países, y que define como "disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos necesitan para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico encaminado a la percepción de los ingresos y a la ordenación de los gastos y pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos". Estudia sus relaciones con el Derecho civil y se muestra partidario de que sea objeto de investigación separada, dirigida a la sistematización de las normas jurídicas que reglamentan el fenómeno financiero y a la elaboración de conceptos propios.

SANZ HERNANDEZ, L.: "Alcance de la intervención de los agentes mediadores de comercio en la letra de cambio". *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 16, julio-agosto 1948; págs. 111-115.

Es indudable que en la creación, aceptación, endoso y aval de la letra de cambio puede recabarse la intervención de agente o corredor, pero no así en el pago, porque éste no es un contrato, sino el mero cumplimiento de una obligación contractual preexistente. En la utilización de la letra como medio de formalizar una prestación crediticia si no interviene más que acreedor y deudor el agente que dé fe del contrato auténtica sus términos y la firma del librador, así como la del aceptante. Si el acreedor exige el afianzamiento de otras personas en forma de aval, el agente puede extender su intervención fedataria a la firma de los avalistas, al hacerlo de las del librador y del librado, o separadamente. Si la garantía se presta en forma de sucesivos endosos serán precisas tantas intervenciones como endosos fuera preciso consignar.

2: Sociedades

A cargo de E. VERDERA y TUELLS.

GARRIGUES, Antonio: "Comentario al Anteproyecto de Reforma de la sociedad anónima". Revista de Derecho Mercantil, núm. 16, julio-agosto 1948; págs. 39-73.

Abórdase, en primer lugar, el concepto de empresa lucrativa y de sociedad mercantil. Lo que cualifica la sociedad mercantil es el adscribir la comunidad de bienes, que nace de la puesta en común que hacen dos o más personas a una empresa lucrativa. La unidad indiferenciada que en ella existe al principio deja paso después a una diferenciación entre el elemento gestor, núcleo central permanente y estable, y el aportador, más susceptible de variaciones, aunque por ello no se rompa la unidad del sistema. La misión de la sociedad anónima será tanto más cumplida cuanto más se adapte y responda a esta estructura y constitución de la empresa lucrativa. Partiendo de esta base, se somete a crítica el sistema del anteproyecto, enfrentándolo con el vigente, rechazando la inmisión en la esfera de libertad individual de normas de derecho necesario.

MESSINEO, Francesco: "Colación y reunión ficticia de acciones de sociedad". Revista de Derecho Privado, septiembre 1948; págs. 761-776.

¿Cuál será la extensión del gravamen de la colación con las nuevas acciones adquiridas por el donatario en virtud del aumento de capital? Para su solución, el autor distingue dos hipótesis, según que al aumento del capital acompañe un aumento del número de las acciones en circulación, dentro de la cual se hacen varias distinciones, o se aumente el capital sin distribución de nuevas acciones. El derecho de opción no es más que un derecho de preferencia que adquiere autonomía jurídica y se transforma en un derecho de crédito. Para el cálculo del valor de la parte de la nueva acción correspondiente a la cantidad colacionada por el donatario habrá que reconstruir el precio medio y fijar porcentajes. Otro problema examinado es el planteado en el caso de disminución o inexistencia de las acciones objeto de la donación. Los resultados obtenidos son aplicables también al supuesto de reunión ficticia. Problemas peculiares plantearse en el caso de donación de la nuda propiedad de acciones con reserva de usufructo a favor del donante o de un tercero. Existe un paralelismo entre las soluciones apuntadas y las que han de establecerse en materia de usufructo, con referencia al caso de acciones procedentes de una nueva emisión.

PEDROL, Antonio: "Defensa de las acciones de voto plural". Revista de Derecho Mercantil, núm. 15, mayo-junio 1948; págs. 353-395.

El proyecto de reforma de la sociedad anónima cierra el paso—artículo 39—a las acciones de voto plural y a las preferentes sin voto o.

con voto restringido. El estudio que anotamos es un alegato en pro de estas acciones. Se examinan las soluciones adoptadas en el Derecho comparado, se apuntan las necesidades que el autor cree que esta clase de acciones vienen a satisfacer y se someten a crítica las principales objeciones que se han hecho en la doctrina al voto plural. El autor llega a la conclusión de que pueden existir motivos para reglamentar el voto plural, pero no para suprimirlo, y apunta las condiciones a que habría de someterse esta reglamentación.

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "¿Qué es una sociedad anónima? Sociedades anónimas. Revista de Derecho Comercial y del Trabajo, junio 1948; págs. 166-173.

La dificultad de dar una definición de la sociedad anónima proviene principalmente de considerarla como uno de tantos tipos de sociedad admitidos por la ley y, por lo tanto, como un contrato. La consagración legal de las sociedades de responsabilidad limitada viene a aumentar las dificultades de delimitación conceptual.

Analizadas las soluciones legales y las doctrinales, el autor llega a la conclusión de que la "sociedad o compañía por acciones es una asociación con fines lucrativos, en la que los derechos de los asociados y las fracciones en que se divide su capital fijo están representados por títulos negociables llamados acciones, cuyos titulares solamente responden por las obligaciones sociales hasta el límite del valor en ellas indicado".

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "Las asambleas de las sociedades anónimas y el Decreto de 18 de diciembre de 1947". Sociedades anónimas. Revista de Derecho Comercial y del Trabajo, junio 1948; págs. 195-201; septiembre, págs. 259-263.

El Código de comercio uruguayo no reglamenta el funcionamiento de las asambleas de accionistas de una sociedad anónima, aun cuando algunos preceptos hagan referencia a ella, y no entra en las facultades del Poder ejecutivo fijar normas para las convocatorias, procedimientos para los debates ni requisitos para la redacción de las actas. A pesar de ello, el Poder ejecutivo ha dictado algunos preceptos reglamentarios, que al invadir la órbita del legislador deben considerarse ilegales, y que culmina con el Decreto de 18 de diciembre de 1947, cuya problemática analiza el autor.

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "Conveniencia o inconveniencia de mantener la actual dualidad legislativa civil y comercial". Sociedades anónimas. Revista de Derecho Comercial y del Trabajo, agosto 1948; páginas 227-228.

Es un nuevo examen de esta vieja cuestión, en el que, después de someterse a crítica los argumentos tradicionalmente esgrimidos, el autor

se muestra partidario de la unificación del Derecho privado, considerándola como una necesidad imperiosa, impuesta por la práctica, dada la generalidad de la aplicación de las normas tradicionalmente consideradas como comerciales. Pero, en su aspecto formal, esta unificación no requiere necesariamente la existencia de un único cuerpo de leyes.

El derecho de las obligaciones debe estar encuadrado en un Código o ley única, y objeto de leyes especiales la reglamentación de la profesión de comerciante y de los agentes auxiliares, las normas concursales, la protección de ciertos bienes y derechos, como marcas, patentes y privilegios y las normas aplicables a la navegación.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín: "Derecho de opción o de adquisición preferente de acciones". Sociedades anónimas. Revista de Derecho Comercial y del Trabajo, marzo y abril de 1948; págs. 67-78 y 107-110.

Es el derecho de adquirir con preferencia a los extraños las acciones de nueva emisión, basado en la necesidad de que los socios antiguos conserven su posición en el seno de la sociedad anónima, sin que los aumentos de capital impliquen una amenaza continua de desplazamiento.

Reconocido por la jurisprudencia y establecido por cláusulas estatutarias, los Códigos de comercio y las leyes especiales lo ignoraron hasta 1900.

Del estudio del Derecho comparado se deducen las conclusiones siguientes: 1.^a Existe una tendencia clarísima a incorporar en textos legales el derecho de preferencia de los accionistas. 2.^a Es patente la tendencia del movimiento legislativo a suprimir o a poner cada vez más dificultades a la intervención mayoritaria de la asamblea general para suprimir o limitar tal derecho. 3.^a No se aplica el derecho cuando se trata de acciones de aportación.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Jerónimo LOPEZ y LOPEZ.

BARRERA GRAF, Jorge: "La compraventa contra documentos". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico. Año 1, núm. 1, enero-abril 1948; págs. 51-88.

La examina en sus dos formas de "pago contra documentos" y "aceptación contra documentos", analizando los posibles modos de intervención bancaria en el contrato. Plantea la cuestión de la pretendida autonomía de esta forma de compraventa frente al contrato de compraventa en general, para resolverlo en sentido negativo, y examina después los elementos del contrato (señalando, en cuanto al objeto, que lo constituyen las mercancías y no los documentos), la transmisión de la propiedad e indi-

vidualización de las mercancías, y la asunción de riesgos (que, como regla general, estima que se verifica con entrega al porteador) y, finalmente, señala algunas particularidades en la venta CIF y la FOB, todo ello en relación al Derecho comparado.

NART, Ignacio: "El contrato de cuenta corriente". *Revista de Derecho Mercantil*. Vol. VI, núms. 17-18, sepbre.-dicbre. 1948; págs. 151-174.

Sostiene una tesis original sobre la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente, frente a las tradicionales en nuestra doctrina (Morando, Garrigues); para el autor, el contrato de cuenta corriente es "aquel por el que dos comerciantes someten a compensación progresiva los créditos (remesas) reciprocos y futuros que entre ellos surjan dentro de un plazo predeterminado, durante el cual suspenden su exigibilidad, que recobrará a su vencimiento aquel o aquellos que resulten cronológicamente no compensados como exceso (saldo) de la cantidad concurrente; y para la determinación de todo ello consagran como medio determinativo el sistema contable de la cuenta corriente, y como documentos privados complementarios, los libros de comercio en que estas cuentas se lleven". Con gran abundancia de argumentos, critica las posiciones tradicionales, especialmente en lo que se refiere al efecto compensatorio (sigue en este punto la dirección, hoy defendida por una parte de la doctrina española, que estima que no se realiza *ex ministerio legis*), la indivisibilidad de las partidas de la cuenta, y la novación como consecuencia del saldo. Examina asimismo los problemas que suscita la productividad de intereses, el concepto de remesa (con especial mención de la remesa de letras de cambio), el carácter mercantil del contrato y las cuestiones de capacidad para celebrarlo.

REQUENA, A.: "La prescripción de acciones en el contrato de transporte". *Revista General de Derecho*, núms. 46-47, julio-agosto 1948; páginas 425-427.

Analiza la cuestión en el C. de c., y de modo particular en Orden de 10-4-1943. Apunta—ya que no resuelve—el problema de si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad, y advierte las dificultades que en la práctica se originan dado lo exiguo del plazo legal, especialmente en el caso de transportes combinados internacionales.

ROSILLO HERRERO, Antonio: "El seguro sobre la vida y las fluctuaciones de la moneda". *Revista de Derecho Mercantil*. Vol. V, núm. 15, mayo-junio 1948; págs. 411-427.

En el seguro sobre la vida coexisten dos instituciones: la de los siniestros y la del ahorro; ésta tiene por consecuencia la constitución de la reserva matemática y plantea el problema de su estabilidad frente a las alteraciones del valor de la moneda. Se examinan detenidamente las causas que imposibilitan la contratación de los seguros en oro o en base oro, y se busca

solución al problema en el campo de la economía nacional, para concluir que en las actuales circunstancias resulta imposible obtener una revalorización eficiente del activo. Propone la distribución del capital excedente del efectivo necesario en diversas zonas económicas, la mitad en valores de renta fija avalados por el Estado y la otra mitad en bienes capitales, especialmente inmuebles, con objeto de hacer frente a las revalorizaciones y desvalorizaciones, respectivamente.

SANCHEZ TRASANCOS, R.: "De la obligación de declarar el riesgo por parte del asegurado". Revista de Derecho Mercantil. Vol. VI, números 17-18, septiembre-diciembre 1948; págs. 267-278.

Después de constatar que la impone nuestro Derecho positivo (artículos 381 y 398 C. de c.), hace la historia de esta obligación, originada ya en el campo de los usos, y de sus modificaciones, paralelas a la evolución del seguro, y la consideración crítica de las teorías sobre su fundamento, que, para él, es de carácter técnico-económico, ya que puede ser necesaria para la determinación del riesgo y, por tanto, de la prima, pero hace constar que en los términos en que suele aparecer está sujeta a la política contractual estatal, y por ello a la evolución de ésta. Finalmente, analiza los procedimientos para hacerla efectiva, señalando sus inconvenientes y ventajas, y destaca la preponderancia en las legislaciones y la práctica del método del cuestionario.

VELASCO, Angel: "La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil". Revista de Derecho Mercantil. Vol. V, núm. 15, mayo-junio 1948; págs. 431-437.

Examina la posibilidad de aplicación de la cláusula R. S. S. a los negocios jurídicos de carácter mercantil, y después de hacer referencia a las direcciones doctrinales sobre la misma, así como a la jurisprudencia del T. S., concluye que está expresamente rechazada, salvo los casos en que la legislación excepcional la acepte.

4. Derecho marítimo

A cargo de Jerónimo LOPEZ y LOPEZ.

LASCARIS-COMNENO MCOLAW, Teodoro: "O contrato de fretamento no direito marítimo espanhol". Boletim do Ministério da Justiça, número 8, septiembre de 1948; págs. 5-37.

Después de considerar el concepto y naturaleza jurídica del fletamento y de hacer una breve referencia al Derecho extranjero, realiza el autor una sucinta exposición comentada de los textos legales españoles referentes a este contrato.

LOPEZ ABELLEIRA, Cándido: "La sustitución del caso, como causa insuficiente, para el levantamiento de una nueva hoja en el Registro de buques". *Revista de Derecho Privado*, octubre 1948, núm. 379; páginas 897-904.

Después de señalar el alcance práctico de la cuestión, se examinan los antecedentes históricos y las disposiciones legales vigentes, especialmente el artículo 156 del Reglamento del Registro Mercantil, respecto al cual surge la pregunta de qué son "alteraciones de carácter sustancial", y se estudia la evolución doctrinal y legislativa respecto a los conceptos de cosa principal y accesoria, y el tratamiento jurídico de las *universitates iuris*. A falta de solución legal expresa, se recurre a la analogía (estudiándose aquí el concepto de "finca", para aplicar sus consecuencias al caso propuesto), para concluir defendiendo que no es necesario el levantamiento de nueva hoja.

MONFORT BELENGUER, J. B.: "La merma natural de los transportes marítimos: Su consideración legal". *Revista General de Derecho*, números 46-47, julio-agosto 1948; págs. 416-424.

Constituye la merma natural—según nuestro Derecho positivo—un supuesto de vicio propio de la cosa, y, por tanto, de avería simple. Para determinar la existencia y cuantía de la merma (extremos que el C. de c. no resuelve) pueden aplicarse por analogía, o bien de modo supletorio, las normas del transporte ferroviario. Con especial detenimiento se examina el problema de la existencia de merma en el caso de que ésta rebase los límites establecidos en el "Cuadro de Mermas".

MONFORT BELENGUER, J. B.: "El procedimiento en las protestas de avería o de mar". *Revista General de Derecho*, núm. 49, octubre 1948; páginas 551-560.

Después de precisar el concepto jurídico de la "protesta", se lleva a cabo la tarea (difícil, por carecer nuestro Derecho de regulación ordenada de estas materias) de determinar el procedimiento a seguir en las protestas de avería, arribada forzosa, abordaje, naufragio, encalladura y ataque de corsario.

MONFORT BELENGUER: "Examen legal de las protestas de mar notariales". *Revista de Derecho Mercantil*. Vol. VI, núms. 17-18, septiembre-diciembre 1948; págs. 285-295.

Frente a la tesis de la posibilidad de sustitución del expediente de jurisdicción voluntaria por acta notarial, basado en la resolución de 9 de marzo de 1912 y R. O. de 4 de noviembre de 1912, sostiene con numerosos argumentos la tesis opuesta, que aparece corroborada en la S. T. S. de 6 de noviembre de 1945.

5. Varia

A cargo de Jerónimo LOPEZ y LOPEZ.

ARRILLAGA, José Ignacio de: "La Banca en Suiza". Revista de Derecho Mercantil. Vol. VI, núms. 17-18, sepbre.-dicbre. 1948; págs. 175-200.

Examina el origen e historia de la Banca de Suiza, el concepto de Banco según la legislación vigente en dicho país y la clasificación de los Bancos, analizando detenidamente cada uno de los tipos, sus requisitos y obligaciones, revisión y control de cuentas, protección al comercio de Banca y responsabilidad de estos organismos. Por último, se refiere a la política y control bancarios realizados a través del Banco Nacional y de la Comisión federal de Bancos, las normas a que está sometida la Banca extranjera establecida en Suiza, la obligación del secreto bancario y el carácter internacional de la Banca suiza, disminuido durante la pasada contienda y que se espera reanude su marcha ascendente.

VERDERA, E.: "Las bases generales para la redacción del Código de comercio de Honduras". Revista de Derecho Mercantil. Vol. VI, números 17-18, sepbre.-dicbre. 1948; págs. 317-335.

Con carácter informativo, se hace un resumen de la materia propuesta, resaltando aquellos puntos en que se acentúa la diferencia con el Código vigente.

VERDERA, E.: "La nueva Ley general de Bancos de la República Dominicana". Revista de Derecho Mercantil. Vol. VI, núm. 16, julio-agosto 1948; pág. 77-84.

Con carácter predominantemente informativo, salvo alguna consideración crítica, se examina la estructura y contenido de esta Ley, promulgada el 9 de octubre de 1947 (1).

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

DIAZ GRANDE, Eladio: "El ingreso en el Notariado y ascenso en el mismo". Nuestra Revista, 748-749; págs. 2-4.

Al igual que otros Cuerpos—Judicatura, Registros, etc.—, cree conveniente que permaneciendo el sistema de ingreso a base de oposición,

(1) Pueden consultarse los textos completos de las disposiciones a que se refieren estos dos últimos artículos en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado, de México, año I número 1. En-abr. 1948; págs. 147-183 y 185-146, respectivamente.

éstas deben realizarse en Madrid por la última categoría y formando un Cuerpo de aspirantes que cubran las Notarías de tercera clase que vayan quedando vacantes; señala las ventajas de este sistema, sobre todo para el servicio público, que estaría mejor atendido.

DOCTOR PEDRO RECIO: "Incompatibilidades". *Nuestra Revista*, 753, 1948; págs. 1-2.

Los artículos 16 y 138 de la Ley Notarial no se ocupan suficientemente de tal cuestión, vinculada al prestigio mismo del Notariado; propone una serie de medidas encaminadas a evitar la competición ilícita, que tilda de repugnante lacra de la profesión.

LICENCIADO TARTESIO: "Inspección de protocolos". *Nuestra Revista*, 748-749, 1948; pág. 2.

La importancia de la función notarial reflejada en el protocolo hace que el autor eche de menos una uniformidad de criterio en los mismos, la cual, dice, podría lograrse inspeccionándolos con frecuencia y eficacia, pues la forma en que hasta ahora se ha practicado hace que prácticamente los protocolos estén huérfanos de inspección.

LICENCIADO TARTESIO: "Una interpretación". *Nuestra Revista*, 750, 1948; págs. 1-2.

Critica las soluciones del artículo 117 del Reglamento Notarial, que encamina la posibilidad de ejercicio de su ministerio por un Notario del distrito en el lugar de domicilio de un Notario cuando éste sea único; estima que donde existe un Notario único en condiciones de prestar servicios, ni con previo y especial requerimiento ni sin él puede actuar otro del distrito, el cual sólo debe ser operante cuando el Notario único tenga una imposibilidad física o una incompatibilidad legal, siempre con conocimiento de la Junta directiva, para que ésta pueda resolver sobre la conducta del autorizante.

LICENCIADO TARTESIO: "Expedientes". *Nuestra Revista*, 752, 1948; páginas 1-2.

El expediente, previo a la imposición al Notario de alguna corrección disciplinaria, no se encuentra regulado ni en la ley ni en los reglamentos. lo que da lugar a vaguedades y dilaciones. Aboga porque se dicten preceptos que determinen quién, cuándo y en qué plazo deben instruirse, así como la obligatoriedad de los cargos, sin admitir excusa alguna.

LICENCIADO TARTESIO: "Legitimidad de firmas". *Nuestra Revista*, 754, 1948; págs. 1-2.

La mayor facilidad del documento privado hace que en la vida moderna se use con preferencia del mismo, acudiendo para otorgarle más

fuerza, a la legitimación de la firma por medio de Notario, dándose así al mismo mayor fuerza; critica los artículos 256-264 del Reglamento Notarial vigente, considerando debieran inspirarse en criterios más progresivos.

MONER MELERO, Alejandro: "Domiciliación necesaria de efectos cambiarios". *Nuestra Revista*, 748-749; págs. 6-8.

Los problemas que plantean el alud de cambiales a protestar, que concurren al estudio del Notario, no han sido definitivamente resueltos por la Ley de 31 de diciembre de 1945, que amplió hasta las veinte horas el plazo hábil para protestar, pues requiere numerosos desplazamientos, no siempre plausible; por ello aplaude la Ley de 4 de septiembre de 1947, modificativa de los artículos 110, 111, 123 y 187 del "Code de Commerce" francés, que obliga a la *domiciliación* de toda letra de cambio en el domicilio de un Banco o banquero, al que se considera otorgado por el librado un mandato para que se pague el importe del efecto con cargo a su cuenta corriente en el establecimiento; las letras no domiciliadas así se consideran nulas por defecto de forma y carecen, por consiguiente, de valor como títulos cambiarios.

Señala las ventajas que la implantación de tal sistema reportaría en nuestro ordenamiento jurídico.

RIBELLES ORTIZ, V.: "El silencio como manifestación de voluntad en los instrumentos públicos". *Nuestra Revista*, 755, 1948; págs. 1-3.

Estudia el juego del silencio en el campo del derecho en general, para detenerse en el estudio de su eficacia en relación con los instrumentos públicos, en los cuales, dice, el Notario no debe considerar nunca el silencio como revelación de la voluntad o prestación del consentimiento; para éste, el que calla no dice nada, ni afirma ni niega, sólo expresa su silencio.

VALVERDE MADRID, José: "La falta de licencia marital en la enajenación de bienes paraernales". *Nuestra Revista*, 752, 1948; págs. 2-4.

La situación que puede crearse al amparo del artículo 169 del Reglamento Notarial la examina el autor en dos grandes apartados: a) efectos de la transmisión de bienes paraernales con respecto al comprador; y b) efectos de la transmisión con respecto al marido.

En el primer supuesto, la inscripción en el Registro de la Propiedad la resuelve el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, en el sentido de que se producirá una "inscripción con advertencia", ya que no es otra cosa el hecho de que el Registrador tenga que hacer constar en la inscripción la falta de licencia, en el caso de que ésta fuere necesaria.

En el segundo considera que el vacío del artículo 138 de la Ley Hipotecaria puede llenarse mediante la aplicación del artículo 1.968 del Código civil, y fundamenta su aplicación en las constantes fluctuaciones del valor de los inmuebles que requieren plazos cortos de percepción.

V. Derecho procesal

I. Parte orgánica

A cargo de Manuel GONZALEZ ENR'QUEZ
y José ENRIQUE GRESO.

DA CUNHA VASCONCELES, José Tomás: "O Tribunal Federal de recursos". Revista Forense. Janeiro, 1948, vol. CXII, año XLV, fas. 535; páginas 24-31.

El Ministro del Tribunal Federal, creado recientemente, estudia en sus antecedentes históricos la creación de los Tribunales regionales (ley número 4.381) de 5 de diciembre de 1921, la Constitución de 1946 y estructuralmente examina la composición del Tribunal delineada en el cuadro de justicia del Brasil, su organización, competencia y relaciones con los Tribunales judiciales de distinto grado.

PARKER, John J.: "The judicial office in the United States". New York University Law Quarterly Review, april 1948; págs. 225-238.

Considera en la carrera judicial estos aspectos fundamentales: 1.º Función del Juez. 2.º Cualidades. 3.º Naturaleza de los deberes del Juez. 4.º Selección judicial y relaciones del Juez con la profesión legal y el público. La función del Juez consiste en la aplicación de la justicia a los casos. La segunda gran función es la de declarar el derecho. Una tercera se deduce de la especial organización de los Estados Unidos y es la de intervención entre las Cortes intermedias.

2. Parte general

ALCALA ZAMORA y CASTILLO, N.: "Unificación de la legislación procesal en Méjico". La Justicia, enero 1948, núm. 245; págs. 1505-1508.

El fenómeno procesal mejicano, combinación de la influencia norteamericana y la española, representa una situación "sui generis" sólo parecida a la que sufre Argentina. Existen en Méjico unos 120 códigos diferentes. Esta pluralidad de legislaciones complica la administración de Justicia.

El autor, atendidas estas razones, aboga en pro de la unificación procesal. Falta crear la conciencia de esa unificación, propugnada, entre otros, por los profesores Pina y Castillo Larrañaga.

CARLOS. Eduardo R.: "La concepción chiovendiana de la acción y la doctrina de los derechos potestativos". *La Justicia*. Méjico, mayo 1948; páginas 9801-9807.

La concepción chiovendiana ha de ser situada en un plano histórico. En tal plano, supone la independización de la acción, como derecho potestativo, frente al derecho subjetivo material. En su época, los derechos subjetivos, como derechos privados, aun estaban mediatisados por la concepción iusnaturalista, que consideraba tales derechos anteriores a toda intervención del Estado. Sin invertir del todo tales conceptos, Chiovenda abrió el camino para ello, alejando la teoría de la acción del campo iusprivatista y armonizado en ella el interés público y el individual.

CARNELUTTI, Francesco: "Addio Chiovenda". *Rivista di Diritto Processuale*, septiembre 1948; págs. 121-131.

Es de lamentar que, por las condiciones en que se redactó el nuevo Código de procedimiento civil italiano, por sus reformas ulteriores y por las circunstancias de su aplicación práctica, no se hayan traducido en la realidad los principios propugnados por Chiovenda acerca de la oralidad, la concentración e inmediatividad del proceso, lo cual perjudica la rapidez del mismo y aun la justicia del fallo.

CARNELUTTI, Francesco: "Convalidazione della citazione nulla per vizio di notificazione". *Rivista di Diritto Processuale*, junio de 1948; páginas 116-118.

La convalidación por comparecencia del demandado establecida en el artículo 164 del Código de procedimiento civil italiano afecta también a los vicios de la demanda referentes a incertidumbre absoluta acerca del Juez, las partes o la "res petita", pero no tiene efecto retroactivo, ya que sólo desde la comparecencia puede el demandado conocer tales datos y se cumple, por tanto, el fin de la demanda.

DE ELIAS, Raúl: "La protección de los derechos minoritarios y su aspecto procesal". *La Justicia*, enero de 1948, núm. 245; págs. 9513-9517.

La sociedad anónima constituida bajo el influjo de la concepción política predominante en el período de la codificación, organizada a imitación del estado democrático, no ha encontrado regulados los derechos de la oposición minoritaria como cuerpo unido y efectivo.

El autor examina el problema en las legislaciones de Francia, Suiza, Alemania y Norteamérica.

La legislación española no abordó el problema de concretar las formas para la protección del accionista contra las personas dirigentes de la compañía.

Las bases de la reforma deberían inspirarse en el Derecho germano-actual.

GAETANO FOCHINI: "Natura giuridica del processo". *Revista di diritto processuale*, anno III, n.^o 2, giugno 1948; pág. 110.

En la combinación de la pluralidad de elementos del proceso (actos varios, situaciones, relaciones diversas) con la unidad, en cuanto todos ellos están coordinados, encuentra el autor la posibilidad de concebir el proceso como una entidad jurídica. Resume las posiciones doctrinales tradicionales (proceso como acto, proceso como relación, proceso como situación).

Desde la teoría prospectivista, el autor considera que sólo una conjunción ideal de los tres aspectos puede darnos idea del complejo del proceso.

FURNO, Carlo: "Irretrattabilità del giuramento". *Rivista di Diritto Processuale*, septiembre 1948; págs. 173-188.

No cabe que el que prestó juramento decisorio se retracte de él afirmando la falsedad del mismo. Esta solución se funda en el formalismo de tal juramento y en la consiguiente eficacia que la Ley le presta. La retractación será la confesión de un delito y sólo surtirá efectos en el campo penal. Contra lo que dice una decisión jurisprudencial italiana, en la irretractabilidad no influye que el que juró tenga o no la disponibilidad actual del derecho litigioso.

GIMENEZ ASENJO, Enrique: "Sobre el alcance real de la cosa juzgada (en torno a una jurisprudencia nueva)". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, agosto de 1948, t. CLXXXIV; págs. 63-78.

Frente al concepto clásico de la cosa juzgada, la moderna tendencia del Tribunal Supremo, manifestada, entre otras, en las sentencias de 13 de julio de 1942, 7 de julio de 1943 y 24 de febrero de 1947, llega a estas conclusiones, conformes con la doctrina moderna y con una racional elaboración del concepto de cosa juzgada: 1.^a Distinción entre los casos de mera cosa juzgada formal y aquellos en que también se produce cosa juzgada material. 2.^a No cabe identificar cosa y causa, no existiendo cosa juzgada si en el segundo proceso se pide por causa distinta a la del primero. 3.^a La confrontación ha de ser de lo pedido en el segundo litigio y lo resuelto en el primero, y, por tanto, no producen cosa juzgada las sentencias que no entran a resolver el fondo del asunto.

DE HINOJOSA, Juan: "Alrededor de la acción de jactancia". *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1948; págs. 986-993.

Defiende, frente a un sector de la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admite la vigencia de la acción de jactancia en nuestro Derecho. Es también viable en éste la acción declarativa; pero ello no hace innecesaria la acción de jactancia, que responde, en ciertos

casos, a fines que no se consiguen mediante la acción declarativa y que deben ser amparados. Admitida la acción de jactancia en toda su extensión, la condena produce la extinción de la acción que pudiera asistir al jactancioso para hacer valer su derecho.

LIEBMANN, Enrico Tullio: "Norme processuale nel Códice civile". *Rivista di Diritto Processuale*, septiembre 1948; págs. 154-172.

El nuevo Código civil italiano sigue teniendo, como el de 1865, abundantes normas de preferente encaje procesal, si bien mejor sistematizada. Esto es contrario al espíritu de la ciencia procesal conquistada por Chiovenda, que incluye en el Derecho procesal una parte formal y otra sustancial. El dejar para el Derecho procesal sólo lo procedural (Carnelutti) es contrario a la consideración científica de este Derecho y a la misma tradición del Derecho común, del que se apartó el Código francés por razones circunstanciales. La línea de separación debe estar en el carácter instrumental, no meramente formal, del Derecho procesal.

MEROVEN MENDOCA: "Mandado de seguridad contra actos judiciales". *Revista Forense*, febreiro 1948, fas. 536; págs. 362-365.

La doctrina y la jurisprudencia no han llegado a un acuerdo relativo a la aplicación del mandato de seguridad contra los actos ilegales de jueces y tribunales. Meroven Mendoza examina el apartado 24 del artículo 141 de la Constitución brasileña de 1936 y considera infundadas las objeciones aducidas en contra de la institución.

Examina las relaciones entre el mandato y los recursos usuales y descriptivamente estudia las decisiones contra las cuales cabe un recurso de este estilo.

DE OLIVEIRA NETO, C.: "Carenca de accao". *Revista Forense*, fas. 535; páginas 35-43.

Las decisiones finales en el juicio de cognición se distribuyen en dos grandes grupos: decisiones de acogimiento y decisiones absolutorias. El autor, siguiendo a Carnelutti, estudia las decisiones absolutorias, que divide en decisiones que deciden desfavorablemente y decisiones de pronunciamientos negativos. Analiza la posición de la doctrina brasileña y más detenidamente las teorías de Paula Batista, E. T. Liebmann y la utilización que la más reciente jurisprudencia brasileña hace, con referencia de los casos fallados, de la técnica de carencia de acción.

PARDO, Antonio J.: "Autos y sentencias. Estudios de Derecho" (Universidad de Antioquia), vol. X, núm. 28, Medellín, mayo 1948; páginas 7-42.

Se comentan las soluciones legales y doctrinales del Derecho colombiano en torno a una serie de problemas que se pueden resumir así:

1.^a Clases de resoluciones judiciales (sentencias, autos interlocutorios, autos de mera sustanciación) y aplicaciones prácticas de la clasificación. 2.^a Efectos de la sentencia firme: la cosa juzgada y sus presupuestos. 3.^a Clasificación de las sentencias (de fondo y de forma, constitutivas, declarativas y de condena). 4.^a Elementos y requisitos de los fallos judiciales, con un especial examen de la congruencia.

PEKELIS, Alejandro: "Acción". Revista de Derecho Procesal (argentina), año VI, núm. II, Buenos Aires, 1948, primera parte; páginas 115-171.

El concepto de acción depende de las concepciones políticas fundamentales de cada momento. Hoy, dada la supremacía estatal absoluta, el derecho primario del individuo es el de acción frente al Estado, conferido por éste. El derecho sustantivo es un mero reflejo del de acción, en cuanto que, por comodidad mental, se considera existente una relación entre obligado y titular del derecho, habiendo sólo, en realidad, el derecho de acción del llamado titular del derecho sustantivo y la sujeción al Estado por parte del obligado. El que normalmente se inviertan los términos se debe a reminiscencias de la escuela savigniana, que desconoce el valor actual del Estado y a la influencia de la doctrina del siglo XIX, que defendía los conceptos iusprivatistas como bandera de libertad frente al poder abusivo del Estado.

PODETTI, J. Ramiro: "Preclusión y perención". La Justicia, Méjico, junio 1948; págs. 9868-9874.

Para circunscribir la preclusión hay que acudir a sus efectos: pérdidas o extinción, consumación o ejercitación de una facultad procesal, y a sus elementos: transcurso de plazos o vencimiento de términos, actividad o inactividad procesal, y, en algunas hipótesis, un acto del otro sujeto y del órgano. La perención (o caducidad de la instancia) es una forma de la preclusión que cierra todo el proceso, y cuyos elementos son el transcurso del tiempo y la inactividad de los sujetos.

Por influencia de Chiovenda, a través de Calamendrei, el nuevo Código procesal civil italiano unifica preclusión y perención en una sola institución, atenuando la rigidez del principio preclusivo y reduciendo los plazos y las causas de interrupción de la perención.

"Preliminary report on revision of the judiciary article of the Minnesota state constitution". Minnesota Law Review, vol. 32, April 1948, número 5; págs. 458-470.

El Comité judicial creado por la Comisión constitucional de Minnesota ha preparado el artículo sexto de la Constitución, referente al Poder judicial, cuyas bases más importantes expone el "report": son las siguientes: 1.^a Coordinación e interacción de los brazos del Poder judicial. 2.^a Eli-

minación de "obsoleto" material y establecimiento más cuidadoso de los admitidos.

DOS REIS, J. Alberto: "Legitimidade das partes". *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, núm. 2.888, págs. 233-237.

Comentando una sentencia, caracteriza el interés como requisito de la legitimidad de las partes, interés que puede ser directo y jurídico, moral o inmaterial. La actualidad del interés la entiende sin perjuicio de lo establecido por los artículos 662 y 663 del Código civil y el 682 del Código civil portugués, que habilita al titular de un interés futuro y eventual.

RODRIGUEZ VALCARCE, Francisco: "La sentencia civil; fijación de los hechos". *Revista de Derecho Procesal*, año IV, núm. 2, 1948; páginas 245-265.

Los hechos pueden ser fijados en la sentencia: a) por la Ley: es la prueba tasada o legal, en la que se tiende a dejar más margen al arbitrio del juez; b) por las partes: tales son los hechos reconocidos en el período expositivo del proceso. El peligro es el de un convenio procesal fraudulento entre las partes; c) por el Juez: en tal caso se plantean como problemas: el de la incompatibilidad psicológica del Juez para apreciar lo que sólo percibió como testigo; el de los hechos notorios, y el de las máximas de experiencia, en su doble función de medios de valoración de la prueba y de medios de integración del ordenamiento.

ROMPANI, Santiago I.: "Algunos aspectos del proyecto Couture del Código de procedimiento civil" (Uruguay). *La Justicia*, Méjico, junio 1948; págs. 9861-9867.

El proyecto es elogiable en sus orientaciones generales y en sus soluciones técnicas; en las primeras hay que destacar la estructuración en torno a principios generales expresos que son luego desarrollados: así los principios de concentración, perentoriedad de los plazos, de la jurisdicción voluntaria, de la recurribilidad de las resoluciones, de la tramitación incidental, de los incidentes innominados, de la anulabilidad de los actos procesales, etc. En cambio, se limitan a lo inevitable las definiciones. En cuanto a soluciones técnicas, hay que hacer resaltar la autorización al juez para proponer a las partes fórmulas de conciliación, toda la regulación de la prueba de testigos, la imposición del principio objetivo en materia de costas, la importancia dada al juicio oral y lo referente a proceso sucesorio, proceso de ejecución y recursos.

SCHONKE, Adolfo: "Il bisogno di tutela giuridica". *Rivista di Diritto Procesuale*, septiembre 1948; págs. 132-152.

La necesidad de tutela jurídica es un presupuesto general para la prestación de la tutela jurídica, no, como se ha venido considerando, un

presupuesto de la demanda. Se distingue de los presupuestos procesales en que afecta a cualquier acto procesal, no sólo a la sentencia de fondo. Dicha necesidad debe resultar del objeto del proceso o del significado y de la eficacia procesal del acto procesal de que se trate. Requiere, pues, un interés procesal, y no coincide con la pretensión de Derecho privado. Además, se requiere que el acto procesal sea susceptible de tutela, y que la necesidad sea actual y personal del que solicita el acto.

En una apostilla al artículo de Schönke, Carnelutti resalta la posición de la doctrina italiana al centrar la noción de interés (equivalente a la necesidad de tutela jurídica) en la teoría general del Derecho y hacerla evolucionar hacia la de causa, o mejor, fin, de los actos jurídicos.

SENTIS MELENDO, Santiago: "Las diligencias para mejor proveer en el anteproyecto Reimundín". Revista de Derecho Procesal, año VI, número 2, Buenos Aires, 1948, primera parte; págs. 172-183.

El criterio que rige el anteproyecto Reimundín para la provincia de Salta es el de pasar del principio dispositivo al de impulso e investigación judicial. Las diligencias para mejor proveer pasan así de ser la excepción a ser algo normal, y por ello: a) no se limitan a la investigación de medios de prueba; b) pueden acordarse en cualquier momento del proceso. La conclusión es que el Juez no es sólo dueño del Derecho, sino también de los hechos.

WATT, M.: "El secreto profesional". La Justicia, Méjico, julio 1948; páginas 9887-9892.

Sobre la Ley Procesal del Estado de Quebec se concluye: 1.º La oposición a un testimonio, basada en el secreto profesional, sólo debe poder ser realizada por el testigo o la parte que dió lugar al testimonio. 2.º Corresponde al Juez decidir si el testimonio es o no confidencial. 3.º El juez no debe admitir la oposición al testimonio si el secreto ha sido renunciado explícita o implícitamente, o si la consulta profesional cuyo secreto se quiere proteger tuvo por finalidad la comisión de un delito o de un fraude.

3. Parte especial

I. Procesos especiales

ALVAREZ, Víctor M.: "El segundo acto conciliatorio y formalidad substancial en los juicios de divorcio". Revista del Colegio de Abogados del Estado de Zulia, núm. 116, noviembre 1947, mayo 1948; páginas 1415-1417.

El autor parte del aspecto público de la legislación matrimonial para afirmar la obligatoriedad esencial del segundo acto conciliatorio que exige

la ley venezolana en materia de divorcio y la forma esencial de este requisito en los expresados juicios, que deben formalizarse sin que deba el Juez "motu proprio" continuar la tramitación por inasistencia de las partes.

COSTA, Sergio: "Delibazione con riesame del merito". *Rivista di Diritto Processuale*, marzo 1948; págs. 17-27.

No es exacta la teoría de Cornelutti, según el cual el nuevo examen del fondo en un proceso de reconocimiento de una sentencia extranjera es una impugnación de ésta; ni la de Mortara y Quadri, según los cuales es una excepción en el proceso de reconocimiento; en realidad, se trata de una litis con objeto análogo al de la decidida por el juez extranjero; es una acción declarativa negativa, salvo que la sentencia extranjera fuese declarativa negativa, en cuyo caso la acción para el nuevo examen del fondo es declarativa positiva.

CHEDIACH, Natalio: "Validez de las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros". *Revista cubana de Derecho*, año XXI, núm. 1, páginas 37-80.

La complejidad del divorcio y el carácter de orden público que a sus normas se le atribuye da origen en el Derecho positivo a las soluciones más opuestas. Sus problemas interesan al Derecho procesal y al Derecho internacional, y sobre el discutido tema Chediach estudia las tres manifestaciones más interesantes de la eficacia jurídica de la sentencia extranjera: su fuerza de cosa juzgada, la fuerza ejecutoria y su fuerza probatoria.

En el procedimiento para la declaración de validez de la sentencia extranjera examina los diversos criterios de solución ("executatur" fundamento de nuevas demandas, procedimiento "sui generis") y examina la legislación interamericana y soluciones propuestas por su jurisprudencia.

Como resumen, sostiene que el procedimiento para dar validez y ejecutar la sentencia extranjera no se basa en la reciprocidad, sino en la "lex fori".

MAYNAR BARNOLAS, Manuel: Prorrogabilidad de un plazo: aspecto procesal del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1948, t. CLXXXIV; páginas 111-125.

Sobre la base de un caso real, se sientan estas conclusiones: 1.^a Lo que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria llama demanda de contradicción no es tal demanda, sino oposición a la demanda, ya que no inicia un proceso. 2.^a El plazo de diez días concedido en dicho artículo para formular la demanda de contradicción debe ser prorrogable, ya que así se deduce de los artículos 306 y 310, 10.^o, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y de que

el artículo 41 de la Ley Hipotecaria no impone expresamente su improrogabilidad.

MORENO MOCHOLI, Miguel: "El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista de Derecho Privado*, núm. 381, diciembre 1948; págs. 1062-1097.

Encuadra el nuevo proceso ejecutorio, del cual considera su naturaleza, ámbito, contradicción y consecuencias, a que da lugar este artículo, dentro de la sistemática española. Elabora de él una definición y lo contempla por fin descriptivamente en cuanto a competencia y sus cuestiones; inició medidas cautelares, emplazamiento, acumulación, resolución última, contradicción, costas y ejecución del fallo.

Román SUAREZ BLANCO

REIMUNDIN, Ricardo: "Las costas en los incidentes". *Revista de Derecho Procesal (argentina)*, año VI, núm. II, Buenos Aires, 1948, segunda parte; págs. 93-125.

Concluye que rige en Derecho argentino el principio objetivo del vencimiento en materia de costas en los incidentes, suprimiéndose el libre arbitrio judicial. Sin embargo, en la generalidad de los Códigos federales se exceptúan los llamados incidentes nominados y de carácter específico, en los que concurre el principio de la culpa. Además, el principio objetivo sólo comprende las relaciones mutuas de los litigantes.

DOS REIS, J. Alberto: "Depósito de rentas". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, núm. 2.888, año LXXXI; págs. 229-233.

Estudia la posición del arrendatario al incurrir en mora, hipótesis del artículo 77, y el caso de las rentas vencidas en la pendencia de la acción, artículo 979 del Código civil portugués. Distingue dos supuestos: a) El arrendatario reconoce estar en mora y quiere evitar la cesación del arrendamiento. b) El arrendatario hace oposición a la mora. En el primer caso aplica el mecanismo del artículo 77, y el 979 en el segundo.

REYES, Roberto: "Laguna de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos o defectuosa interpretación de sus preceptos". *Revista de Derecho Procesal*, año IV, núm. 2, 1948; págs. 267-271.

Se trata de saber qué acción corresponde al arrendatario para el desalojo de los que no tienen derecho a continuar el arrendamiento (artículos 71 ó 73, ó disposición transitoria novena L. A. U.).

La posición de la Ley es correcta al no regular esta acción, ya que el arrendatario tendrá la de precario, o la derivada del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

II. Proceso de ejecución

OGALLAR AYLLON, Tomás: "La Ley de Bases de la Justicia Municipal y el juicio ejecutivo". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, junio de 1948, t. CLXXXIII; págs. 665-681.

La Base 9.^a de la Ley de 19 de julio de 1944 y el apartado D) del artículo 8.^o del Decreto de 24 de enero de 1947, que desarrolla la citada Base, plantea el problema de si sigue subsistente el límite mínimo de mil pesetas asignado al proceso de ejecución en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento civil. En rigor, dicho artículo no ha sido modificado y sigue subsistente el citado límite. Así lo abonan el proceso formativo de la Ley de 1944, la redacción de la citada Base, el artículo 8.^o del Decreto de 1947 y determinadas razones de prudencia y de economía procesal. Pero por las dudas que se suscitan en la doctrina y en los Juzgados y Tribunales, es de desear una disposición legislativa aclaratoria de la cuestión.

III. Recursos

ANGUITA BADILLA, Antolín: "La casación en el fondo". Revista de Derecho, abril-junio 1948, año XVI, núm. 64; págs. 203-207.

La casación en el fondo ha llegado a constituir una tercera instancia, recurso dilatorio que permite a los litigantes de mala fe seguir gozando por más tiempo de su derecho. El autor sostiene, frente a un entorpecimiento por este medio de la administración de Justicia, la supresión del recurso.

HERNANDEZ GUIRAO, A.: "El recurso de reposición contra el auto dictado por el Juez municipal absteniéndose de conocer de la demanda de cognición". Revista de Derecho Processal, año IV, núm. 2, 1948; páginas 283-285.

Es errónea la opinión que cree que contra el auto de abstención del Juez Municipal sólo cabe el recurso de apelación y no el de reposición. La norma general es la Base décima, apartado F) de la Ley de 19 de julio de 1944 y los artículos 376 y 377 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La norma cuarta de dicha Base décima no deroga este principio, sino que sólo afecta a la imposición de costas.

PARDO, Antonio J.: "Recurso de casación". Estudios de Derecho (Universidad de Antioquia), vol. X, núm. 29, Medellín, julio 1948; páginas 183-217.

Destacan en el estudio del recurso de casación en Derecho colombiano: 1.^o La evaluación por peritos de la cuantía del proceso a efectos

de su admisión. 2.^º La ejecución provisional de la sentencia recurrida. 3.^º La clasificación de los motivos (causales) de casación, acogiendo el autor la que hace Carnelutti de los errores "in judicando". 4.^º Entre los motivos: la no admisión del recurso por infracción de un principio jurídico no recogido expresamente en la Ley; y la estrecha acogida del error en la apreciación de la prueba, inserto, según la jurisprudencia, dentro del marco de la aplicación indebida de la Ley. 5.^º El sistema de admisión del recurso por el Tribunal "a quo".

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1948

Legitimación registral.

En 1933, la Caja de Ahorros de Vigo concedió al Sindicato Agrícola de Lérez un préstamo garantizado con hipoteca voluntaria sobre finca urbana de la entidad deudora. Transcurrido el plazo estipulado sin haberse reintegrado al acreedor de la suma prestada, instase y lleva a efecto el procedimiento judicial sumario, a cuyo fin el Registrador libró en 8 de febrero de 1937 la certificación preventiva en la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, haciendo constar que el último titular del dominio de la finca gravada era la entidad deudora. Aprobada la adjudicación de la finca, expidese mandamiento al Registro, en donde causa la siguiente nota: "Por resultar que la finca hipotecada aparece incautada por el Estado desde el año 1939 y la entidad prestataria pudiera ser de las que, por disposición de la Ley, quedaron fuera del ámbito de ésta y por ello, sin personalidad ni patrimonio propiamente dichos, el procedimiento sustanciado sin la intervención de los organismos que legalmente substituyen a los disueltos, no parece acomodarse a lo que para casos normales fija la Ley, sobre todo no habiéndose sustanciado el procedimiento administrativo a que se refiere el Decreto y Orden de 10 de enero de 1937, estimando que tales defectos son de naturaleza insubsanable, tampoco se extendió anotación preventiva."

Contra esta calificación se interpuso recurso gubernativo, alegándose en esencia: A) Por el recurrente: Que el procedimiento regulado en el artículo 131 no es propiamente un juicio, sino algo procesalmente analógico a la ejecución de sentencia; que iniciado, no puede suspenderse sino por las causas predeterminadas en la Ley; que ésta no toma en cuenta a los adquirentes o titulares de derechos posteriores al libramiento de la certificación. B) Por el Registrador: Que en el problema planteado han actuado dos jurisdicciones: la política del Estado y la ordinaria, sin comunicación adecuada entre sí; que en la Comisión de incautación de bienes obra certificación, librada en su día, haciendo constar la existencia del procedimiento hipotecario; que la entidad acreedora debió acudir a la citada Comisión, de acuerdo con el Decreto-Ley de 10 de enero de 1937, notificando la existencia del crédito, y que de no darse la circunstancia de que el Poder político del Estado actúa conforme a normas de superior rango, no habría problema alguno, puesto que no se puede desconocer el alcance cancelatorio del procedimiento sumario respecto a los asientos posteriores a la extensión de la nota marginal. C) Por la Abogacía del Estado: Que a la iniciación del procedimiento sumario la finca había dejado de pertenecer al deudor, de acuerdo con el Decreto de 13 de septiembre de 1936; que el requerimiento de pago debió hacerse al Estado por haber desaparecido la personalidad del deudor; que la circunstancia de no figurar derecho alguno del Estado en la certificación librada por el

Registrador, por ser posteriores a ésta, no implica que la publicidad registral haya de privar sobre el principio general de obligatoriedad de la Ley.

El Presidente de la Audiencia confirmó en auto la nota calificadora; pero la Dirección General revoca ambos, estableciendo la doctrina siguiente:

I. Que los pronunciamientos del Registro de la Propiedad, especialmente en materia de legitimación y fe pública, son obligatorios incluso para el Estado, primer interesado en la eficacia del sistema.

II. Que la norma del artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad es aplicable también a la legislación especial sobre incautaciones.

III. Que la acción hipotecaria se ejercita directamente contra los bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor.

RESOLUCION DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1948

Tracto sucesivo en el Registro mercantil de buques.

Como consecuencia del juicio declarativo de mayor cuantía instado para poner fin a la comunidad de buque, entre dos Sociedades mercantiles, el Juzgado libró mandamiento al Registrador Mercantil, quien extendió a continuación del documento la siguiente nota: "Hecha la anotación preventiva que ordena el precedente mandamiento, practicada en cuanto a un setenta y cinco por ciento, única participación escrita a nombre de la Sociedad Naviera A. A., denegándose respecto al veinticinco por ciento restante por figurar inscrito a favor de C. M."

Elevado escrito al Registrador, solicitando la revocación del acuerdo en el sentido de declarar la suspensión y no la denegación de la anotación preventiva de demanda, y subsidiariamente, para el caso de desestimarse la reforma, que se tuviera por interpuesto el recurso gubernativo, se alegó en esencia que la nota calificadora no se atiene a las Leyes vigentes, que aunque en el Registro no figuran inscritos actualmente el veinticinco por ciento del buque a favor de F. N., como esta Sociedad es causahabiente de la Compañía P. M.. no procede denegar la anotación preventiva, sino suspenderla de acuerdo con el artículo 103 del Reglamento vigente.

El Registrador acordó desestimar la reforma solicitada y elevar el expediente a la Dirección, afirmando que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no pierden su eficacia, sino por sentencia firme, resolución de autoridad competente o consentimiento del Tribunal; y que, si bien la aplicación al Registro Mercantil del artículo 103 del Reglamento Hipotecario no causaría perturbación en las relaciones jurídicas inscritas, formalmente tropieza con el contenido del artículo 151 de su Reglamento específico.

Y la Dirección, vistos los artículos 16, 17 y 22 del Código de Comercio; 1, 64, 147, 151, 191 y cuarta de las disposiciones transitorias del Reglamento del Registro Mercantil, y los artículos 103, 116 y 169 del Reglamento Hipotecario, revoca el acuerdo del Registrador, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *El principio del tracto sucesivo, fundamental en nuestro Régimen Hipotecario, es también básico en el Registro Mercantil de buques, de conformidad con el artículo 151 del Reglamento del mismo.*

B) *El defecto de no figurar inscrito a favor de persona alguna es subsanable cuando hay documentos que enlacen el derecho del titular inscrito con el de la persona que otorga la transmisión.*

C) *El actual Reglamento Hipotecario, en su artículo 103, permite la anotación preventiva del Derecho de quien aparezca como causahabiente del titular inscrito en el Registro.*

D) *El Reglamento Hipotecario tiene carácter subsidiario para el Registro Mercantil, con las limitaciones que se establecen en la cuarta de las reglas transitorias y adicionales del específico del comercio.*

RESOLUCION DE 24 DE DICIEMBRE DE 1948

Arrendamiento de minas

En escritura de 6 de agosto de 1947, la S. A. "Antracitas Castellanas", representada por doña R. G. R., arrendó a la también Sociedad "Estrella Verde", representada por el Presidente de su Consejo de Administración, cuatro minas y ciento siete fincas. Presentada la primera copia en el Registro de la Propiedad correspondiente, mereció la calificación siguiente: "No admitida la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes, subsanables o insubsanables: 1.º Por deficiencia o contradicción en la expresión de los datos necesarios para apreciar la constitución, capacidad y consiguiente representación de "Antracitas Castellanas, S. A." 2.º Por no expresarse con claridad la licencia concedida por su esposo a la señora compareciente. 3.º Por considerar la demasía minera de la mina "Positiva" como finca independiente. 4.º Por no hallarse legalizada la firma del Notario en la fotocopia por la que se acredita la autorización previnida del Ministerio de Industria y Comercio. 5.º Por no coincidir ciertos linderos en la finca número 20; por no expresarse la medida superficial con arreglo al sistema métrico en la finca 82; por no concordar la cabida en la número 90; por no designarse el nombre del pago, paraje o partida en las fincas números 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101 y 106. Tomada anotación preventiva por solicitud expresa de parte interesada, por término de sesenta días en los tomos, etc. Denegada la inscripción en cuanto a las fincas 107 y 111 por imposibilidad material de inscribir, ya que en la primera no se indican los linderos, y en la segunda se expresa equivocadamente el término municipal y el paraje o sitio."

Subsanados los dos primeros defectos por acta notarial complementaria, el Registrador insistió, no obstante, en su existencia y singularmente en la falta de un efectivo gestor en la Compañía Antracitas, no constar la emisión efectiva de acciones de la misma y faltas de situación o linderos.

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación, se alegó por el Notario autorizante la vaguedad e imprecisión del primer defecto y la constancia de todos los datos necesarios para apreciar la capacidad de Antracitas; que el Registrador de la Propiedad no es competente para examinar las escrituras mercantiles que en su momento fueron calificadas e inscritas; que la Sociedad está inscrita para todos los efectos legales; que en la escritura de constitución no se hace expresa distinción entre acciones que deban ponerse en circulación o reservarse en cartera; que si bien se describen separadamente la mina "Positiva" y de demasía, ello no implica que se le considere como fincas independientes; que la falta de linderos es defecto subsanable; y que la finca 111 está situada claramente con referencia a otras anteriores que se describen.

El Registrador informó en defensa de su calificación, que no se ha cumplido la condición que consta en los Estatutos de emitir acciones antes de determinada fecha; que el Consejo de Administración de Antracitas ha

sido sucesivamente modificado, con violación de los acuerdos sociales; que los Registradores de la Propiedad tienen obligación de calificar la capacidad de los otorgantes; que lo inscrito en el Registro Mercantil es, en ocasiones, una mera apariencia jurídica, y que las personas que aparecen en nombre de Antracitas carecen de representación suficiente; que al describir y numerar separadamente la demasía indicada se crea una confusión sobre si ha de ser o no finca independiente, y que la expresión de la situación de las fincas inscribibles es requisito indispensable en nuestro sistema.

El Presidente de la Audiencia desestimó los defectos primero y tercero y los referentes a la finca 111, manteniendo el resto de la calificación.

Y la Dirección General de los Registros, vistos los artículos 35, 36 y 48 del Código civil; 17, 26, 116, 117, 119, 125, 145, 151, 153, 154, 220 y 226 del Código de Comercio; 9, 18, 32, 33, 37, 38, 65, 72 y 75 de la Ley de Arrendamientos urbanos; 18, 59, 63, 119, 120, 121, 122 y disposición transitoria 4.^a del Reglamento del Registro Mercantil; 51, 106 y 383 del Reglamento Hipotecario; sentencias de 11-2-1911, 15-10-40, 9-4-41 y 16-4-42; y Resoluciones de 20-1-93, 7-5-7, 29-12-14, 17-11-28, 8-7-33, 20-10-33, 9 y 16-11-34, 21-5-35, 8-8-40, 22-2-41, 9-2-43 y 23-3-43, establece la siguiente doctrina, sin apreciar defectos insubsanables y estimando subsanables los demás:

A) Que la inscripción mercantil produce todos los efectos legales y especialmente el de legitimación registral, iniciado en los artículos 26, 220 y 226 del Código de Comercio y desenvuelto en la Legislación Hipotecaria, de aplicación subsidiaria en lo que no esté en contradicción con las Leyes mercantiles.

B) Que los Registradores de la Propiedad no pueden suscitar cuestiones relativas a la validez y legalidad de la constitución de Compañías mercantiles, porque esta materia es de competencia de los Registradores Mercantiles, sin que ello restrinja la facultad de aquellos funcionarios para calificar todos los documentos relacionados con la operación solicitada.

C) Que la nota calificadora debe extenderse en forma clara y precisa, sin ambigüedades y obscuridades que puedan inducir a error y causar indefensión a quien de buena fe la impugne.

D) Que los resguardos provisionales de acciones sustituyen y equivalen a éstas mientras no sean reemplazados por los títulos definitivos, estando su validez reconocida jurisprudencialmente.

E) Que el Registrador no tiene por qué calificar retrospectivamente la vida de la Compañía cuando el acuerdo del acto de disposición es formalmente válido.

F) Que la omisión de circunstancias sobre naturaleza, situación y linderos de los inmuebles es defecto subsanable, bien por documento público o por simple instancia que autoriza el artículo 118 del Reglamento Hipotecario.

Arturo GALLARDO RUEDA
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

I. NOTAS

Reflexiones teóricas y jurisprudenciales de carácter procesal sobre la Ley arrendaticia urbana

La Ley de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946 (21 de marzo de 1947) figura como una etapa más en la legislación arrendaticia de emergencia que conocemos en nuestro país, quizás en exceso dilatada (por causas cuyo examen no es ahora oportuno), y sus notas, desde el punto de vista de la justicia de las normas integrantes, no son distintas de las que cabe atribuir a toda disposición producida en exactamente iguales circunstancias históricas. Cualquier aspiración de acierto por parte del legislador está condicionada y frenada por el difícil imperativo de la coordinación entre los muy respetables intereses de los propietarios y aquellos otros de los inquilinos, poco menos que imposible.

El problema que se le presentaba al legislador de 1946—con caracteres mucho más graves que al de 1920 ó 1931—era doble: de un lado, escasez de viviendas provocada por el aumento de la población, sólo en parte solucionable con las medidas que puede adoptar una Ley arrendaticia; y de otro lado, el eminentemente económico, consistente en armonizar el importe de las rentas con el valor real de la moneda, lo que habría llevado a la necesidad de elevar aquéllas hasta el triple o el quintuplo, o aún más. Unicamente soluciones heroicas eran posibles: o desahucios en masa, ante aumentos de rentas insopportables para millones de ciudadanos con un presupuesto de ingresos y gastos desnivelado, o sacrificar a los propietarios en aras de la conservación en su posesión arrendaticia a esos millones de inquilinos. Aquello era la faceta social o de orden público (como se acostumbra a decir) del problema, y con la Ley de 1946-1947 se evita o soslaya.

En efecto, piénsese por un momento lo que habría ocurrido si se hubiera permitido la libertad en la fijación de las rentas. El propietario, que posee un derecho jurídico y moral a defender su patrimonio, tendría que haberlas elevado en la proporción exigida por los imperativos de la economía. Pero esto no se le ha permitido. La Ley de 1946-1947 (como las disposiciones arrendaticias que le precedieron) parte de una distinción entre los inmuebles con arreglo a la fecha de su construcción (o criterio análogo), para considerar, en definitiva, que los más antiguos han permanecido inertes en cuanto atañe al incremento de valor, y su renta, por lo tanto, debe continuar, fundamentalmente, invariada; mientras que los de nueva construcción pueden disfrutar de las rentas que corresponden a los

índices generales de precios. Es decir, una distinción absolutamente inadmisible en un terreno económico puro. Y la anomalía resulta reconocida por la propia Ley, pero no sólo eso, sino incluso resaltada, cuando permite la elevación de las rentas de locales de negocios hasta el 40 por 100.

El artículo 118 de la Ley arrendaticia urbana ha venido a imponer un duro gravamen a un grupo importantísimo de propietarios de inmuebles que proporcionan viviendas y locales de negocios e industriales a varios millones de ciudadanos, el cual se aumenta para los que lo son simplemente de habitaciones, porque ni siquiera les está permitido, hasta ahora, el exiguo incremento que permite (disp. trans. 11); y si no se produce una estabilización de precios, muy en breve también los privilegiados propietarios de inmuebles construidos u ocupados con posterioridad al 1.^º de enero de 1942 experimentarán notable perjuicio patrimonial.

No se trata aquí de una valoración crítica del hecho desde el punto de vista económico, puesto que la finalidad de estas líneas es otra, y, por lo tanto, resulta inoportuno aludir a la única solución verdaderamente justa, esto es, arbitrar fórmulas para repartir la carga que hoy se impone a un grupo social entre la totalidad de ciudadanos. Consideramos el fenómeno en sí, por efecto de la vigencia de la Ley que nos ocupa, la cual no sólo limita la libertad de contratación arrendaticia en cuanto a la mercéd (continuando la tendencia de etapas legislativas anteriores), sino que insiste, con mayor decisión, en la prórroga obligatoria de los contratos; hace una figura independiente de ciertas formas del subarriendo; protege la cesión de viviendas; perfila la tutela de la hacienda mercantil, industrial y profesional, respecto del arrendamiento, aunque concediendo determinados beneficios al propietario, y, en suma, configura la casi totalidad de las facetas del contrato de arrendamiento como una relación arrendaticia, sustraída a la libertad contractual, regida por normas de derecho necesario e inderogable (art. 11); un fenómeno que se ha producido en tantas otras esferas del Derecho, porque la libertad del Derecho civil tradicional, tan añorada, es una libertad para tiempos normales, para países ricos, que disfrutan de grandes reservas de materias primas, para naciones donde no quepa sentir el lejano temor de la Ley de Malthus; y ello sin contar con la acentuación grave que todos estos problemas experimentan en las postguerras, y especialmente en aquéllas que, como la actual, no son tales, sino períodos de guerra fría, en que el reajuste social y económico se ve entorpecido o radicalmente impedido.

Ese panorama de la Ley arrendaticia y de las circunstancias externas dentro de las cuales se desenvuelve son más que suficientes a justificar el rigor de defensa que despliegan los propietarios afectados y el empeño con que los inquilinos se atalayan tras los preceptos que protegen sus situaciones arrendaticias, y, naturalmente, la repercusión en el campo procesal es muy intensa, llevando los problemas de esta índole a la primera fila, de lo que es prueba elocuente este dato: desde la vigencia de la Ley hasta el 31 de diciembre de 1948, menos de dos años, puede calcularse que han ingresado en el Tribunal Supremo 1.400 recursos de los llamados por ella de "injusticia notoria".

El fenómeno no sólo es interesante por sí, en cuanto económico y jurídico, sino que importa contemplarlo a la luz de la técnica procesal para poder emitir un juicio acerca de si la misma satisface o no las necesidades a que debe atender, extremo de superlativo interés, ya que muy contadas cuestiones arrendaticias—por las razones expuestas—hallarán una solución extrajudicial; sino que, al contrario, casi su totalidad serán llevadas, estén siendo llevadas, al ámbito judicial; de suerte que, en definitiva, el éxito o el fracaso de la Ley sólo, o preferentemente, en el campo procesal puede manifestarse. Con acierto, la frase—es algo más—usada en términos generales y referida a los tiempos que corren, “el derecho está todo en la acción”, podría ser sustituida por esta otra, aplicada a nuestro terreno: “El derecho arrendatario está todo en el proceso”, y si éste, en la regulación que ha recibido en la nueva Ley, no se presenta como satisfactorio, el complejo jurídico arrendatario resultará notablemente perjudicado, tanto visto desde el lado del propietario como desde el correspondiente al inquilino.

Cualquier juicio de conjunto sobre la nueva Ley puede ser arriesgado. No podría afirmarse rotundamente si su casuismo es preferible al sistema de cláusulas generales, que postula una gran amplitud de poderes materiales y procesales en el Juez, porque tras de esta comparación, a primera vista simple, se encierran graves problemas de organización judicial. Lo que sí puede quedar sentado sin grandes temores de error es que la Ley podría estar concebida en términos de mayor amplitud, y concretamente en el aspecto procesal hubiera podido huir del empirismo, haciendo un uso más amplio de las enseñanzas de la doctrina e incluso de la historia, porque lamentable cosa es que haya desperdiciado tan magnífica oportunidad para regular instituciones que, ausentes de la lagunosa Ley de Enjuiciamiento civil, son postuladas por el mismo derecho material que ella establece; por ejemplo, la intervención del subarrendatario, creando un litisconsorcio necesario, como lo ha hecho respecto de la cesión (art. 36), o cuando permite que se constituya en casos como el de reclamación por deterioros imputables al subarriendo (olvidó, incluso, la posibilidad de una integración de las partes por la llamada a la causa o *litis denuntiatio ex officio*), y otras muchas de tales instituciones, extremos y facetas de no menor relevancia teórica y práctica, objeto precisamente, aunque en muy escasa medida, de las presentes reflexiones.

Y es que desde hace ya bastantes años se advierte no sólo en nuestro país, sino con caracteres generales, una casi total falta de interés por la efectiva colaboración de los estudiosos en la preparación de las Leyes y después en la crítica o dictamen de los proyectos legislativos, cuando nadie puede dudar que únicamente los especialistas se hallan en condiciones de proporcionar las grandes líneas generales o ideas básicas que frenan y limitan los impulsos casuísticos del práctico, al que no pueden pedirse puntos de apoyo que luego sirvan para basar deducciones interpretativas o analógicas aptas para resolver aspectos no contemplados de modo directo y expreso en los textos legales. Parece como si de nuevo alentase aquella frase de Federico el Grande: *Keine Professores, die*

seyndt zu weitläufig. Sólo que esta equivocadísima idea era admisible para el Viejo Fritz y para su tiempo, pero no siglos después, y entendiendo por "Profesores" cuantos no son exclusivamente prácticos, más o menos educados en la corruptela y en la chicana.

Vamos a contemplar hoy sólo dos o tres problemas de índole general, y aparte alguno de los (pocos) casos más salientes que ha resuelto el Tribunal Supremo.

Interesa, antes que nada, razonar acerca del acierto o eficacia del cauce procesal elegido por la Ley. No es un cauce, sino que son varios, y ello origina notables perturbaciones. Se ha seguido en este punto la orientación de la Ley arrendaticia rústica de 28 de junio de 1940 (en la que hay varios procedimientos, y uno, por lo menos, nuevo y original, y un flamante léxico para el recurso de casación o forma del mismo).

La Ley de 1946-47 remite a esta pluralidad de procedimientos: 1) De juicio verbal, por antonomasia (art. 1.570-82 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con sus complementarios). 2) De juicio de pequeña cuantía (bárbara e ignorantemente, en la práctica, "proceso de cognición", según la Ley de Bases para la reforma de la Justicia municipal de 19 de julio de 1944). 3) De incidentes. 4) De retracto. Respecto de recursos, 5) El seguido para apelación contra las sentencias dictadas en juicio verbal de desahucio. 6) El seguido para las apelaciones en juicios verbales comunes; y en cuanto a ejecución: 7) El de la Ley de Enjuiciamiento civil para el desahucio. 8) El de la ejecución en juicios verbales. 9) El común, esto es, de los artículos 919 y siguientes, en relación con los correspondientes del juicio sumario ejecutivo (art. 161 y siguientes de la Ley de Arrendamientos urbanos).

La diversidad está justificada, en gran parte, a causa de que en unos casos los Tribunales actúan cognitoriamente, pero a efectos ejecutivos (casos de desahucio), y en otros tan sólo cognitoriamente, con lo que, desde luego, las diferencias en cuanto a ejecución son absolutamente inevitables. Pero, ¿y en todo lo demás? ¿Es posible un precepto como el del artículo 162, por ejemplo, donde se dispensa al litigante de la obligación de acudir a Letrado si la renta no sobrepasa la cuantía de 1.500 pesetas? Es una popularización absolutamente teórica. La simple determinación de la competencia, y desde luego la orientación del fondo del asunto, exigen un complicado estudio jurídico que nunca podrán realizar esos favorecidos litigantes de menos de 1.500 pesetas. Es ya tan grande y frondoso el acervo bibliográfico arrendaticio; son tan extensas las obras de arrendamientos, algunas compuestas de varios tomos gordísimos (donde, por cierto, la doctrina no se distingue por su altura), que están a punto de exigir la organización de bibliotecas especialmente dedicadas a ellas. Esa libertad de defensa resulta, en la práctica, una simple entelequia, y desde el punto de vista económico, un perjuicio, porque no se podrán computar como costas los honorarios de un Letrado, del todo imprescindible (así, sentencia de 9 de julio de 1948).

Particularmente exige meditación la dualidad de normas: unas, de la Ley de Bases sobre reforma de la Justicia municipal; y otras, las tradi-

cionales de la Ley de Enjuiciamiento civil. En distinta ocasión hemos dicho que, con prescindencia del fondo elogiable que hay en la regulación procesal de la primera, al tratarse de una reforma parcial (después del Decreto de 24 de enero de 1947, sólo para los negocios ordinarios comprendidos entre el valor de 1.000 y 5.000 pesetas), choca con el derecho de la Ley procesal común, produciendo una gravísima escisión en el ordenamiento jurídico vigente. En efecto, factores ciertamente secundarios —en este respecto—, como la naturaleza o cuantía del asunto, aunque se trate siempre de relaciones arrendaticias, determinan que el Juez no tenga trabas (o éstas sean escasas) para la averiguación de la verdad; que los defectos sobre presupuestos procesales sean susceptibles de previa subsanación (colocación del centro de gravedad del proceso en su meta final y no en los medios antecedentes); que el examen del fondo del asunto no se vea impedido por incidentes laterales, etc., características éstas y otras análogas del juicio (de pequeña cuantía) regulado en la repetida Ley de Bases, y cuyo cauce seguirá la gran mayoría de procesos arrendaticios; o que, por el contrario, el Juez halle cerrado el camino para cualquier trabajo instructorio; que las excepciones impeditivas tengan la categoría de medio central defensivo, y realidades análogas, propias de la regulación procesal común, necesaria para todos los negocios substanciados ante el Juez de Primera instancia, por el procedimiento de incidentes. Las consecuencias jurídicas, económicas y morales de esta dualidad son extremadamente graves, y el ciudadano corriente no podrá jamás comprenderla, sintiéndose inclinado a un juicio desfavorable sobre la obra legislativa.

Era natural que el legislador de 1946-47, al atribuir una amplia competencia arrendaticia a los dos órganos de la Justicia municipal con personal técnico, se remitiese al procedimiento que ha creado (el de pequeña cuantía), incluso para popularizarlo o extenderlo. En cuanto a este particular, el legislador ha estado afortunado, porque después del Decreto competencial de 24 de enero de 1947 los negocios hasta 1.000 pesetas son adscritos al antiguo juicio verbal o de mínima cuantía, quedando para el novísimo que crea tan sólo los asuntos comprendidos entre la cuantía de 1.000,01 a 5.000 pesetas, y sería curioso poder disponer de una estadística para concluir hasta qué punto (independientemente de lo aducido antes sobre la escisión del ordenamiento jurídico procesal) se utiliza en la práctica y, por lo tanto, merecía la pena su creación. De modo que es ahora, después de la Ley arrendaticia urbana, cuando el nuevo juicio de pequeña cuantía tendrá más dilatada aplicación práctica.

Aquel deseo del legislador puede ser defendible desde su punto de vista, pero no lo es en consideración al tiempo ni a la estructura de la regulación legal.

Temporalmente, puede hablarse de inoportunidad, porque el juicio de pequeña cuantía se encuentra aún en la etapa de "base", no de Ley articulada. Es cierto que únicamente con gran esfuerzo puede decirse que la base 10 de las ataéntes a la reforma de la Justicia municipal de 19 de julio de 1944 es tal, porque más bien es una regulación exhaustiva, reglamentada, de los diversos aspectos que toca; pero ocurre que faltan

en ella muchas previsiones, y en tal sentido, es decir, más para cubrir lagunas que para articular hace falta el desarrollo. El cúmulo de problemas, por consiguiente, que se venían ofreciendo en la práctica, mientras este tipo de juicio se aplicó sólo para negocios ordinarios, se presentarán en los negocios arrendatarios, donde toda claridad y toda celeridad serán siempre pocas.

El nuevo tipo de juicio es costoso, más complicado y más técnico que el de menor cuantía de la Ley de Enjuiciamiento civil. Hay que representarse al litigante de menos de 1.500 pesetas actuando en el "juicio" (quiere decir, vista o comparecencia), "concretando extremos" o "puntualizando pedimentos" a la presencia judicial. Aunque la base 10 afirma que el juicio "será oral", se trata simplemente de un modo de decir, pues la demanda y la contestación son tales, no simples escritos preparatorios de un juicio posterior regido por la oralidad, por así expresarlo la misma; mas por si ello fuese poco, recalca la sumisión a la escritura, que es la verdadera forma procedural que le da, cuando dispone que "en ningún caso será dable a los litigantes alterar, a pretexto de aclaraciones, los términos en que haya quedado planteado la litis, o modificar la acción o excepciones aducidas, ni sus respectivos pedimentos". Así, pues, la declaración de oralidad que hace no es más que una palabra, desmentida por estas otras que hemos transcrita. Porque no basta con palabras, sino que hubiera sido preciso regular la sustanciación procedural, el desenvolvimiento del "juicio", vista o comparecencia, sobre todo en lo que atañe a la presentación de las pruebas, las cuales, a falta de normas concretas, se proponen y practican con el formalismo y la artificiosidad del *solemnis ordo iudicarius* o juicio de mayor cuantía, esto es, y concretamente en las tan importantes de testigos y por confesión judicial, quedando excluida toda adaptación al caso concreto, y hace imposible que el giro del interrogatorio del testigo o el modo de contestar la parte al interrogatorio o su simple actitud abran paso a una intervención activa del Juez o del colitigante a efectos de buscar la verdad material, porque fuera del taxativo y mecánico interrogatorio, reducido previamente a escrito (aquí, en el acta de proposición de pruebas), nada le es permitido hacer al uno ni al otro: el más grave defecto del sistema procedural escrito, excluyente de que una sustanciación así, por mucho que la Ley lo diga, pueda jamás considerarse como oral.

Resulta, pues, que nos hallamos ante un procedimiento estricta y rigurosamente inspirado en la forma escrita, pero que se establece u ordena con estas palabras: "El proceso de cognición ante los Jueces municipales y comarcales se regirá, en general (expresión no admisible en una regulación legal), por lo establecido en las disposiciones vigentes para los asuntos de que actualmente conocen los Jueces municipales—que se suprimieron—, con las modificaciones..."

O sea, que las normas fundamentales son las de un tipo de procedimiento oral (aunque corrompido, desde siempre, en la práctica, por falta de disposiciones legales específicas, hasta llevarlo a la escritura en diversos aspectos, particularmente en el probatorio, antes aludido), y

las secundarias o complementarias son las de la Ley de Bases, que se refieren a un procedimiento rigurosamente escrito. Tenemos, pues, aunados legislativamente dos *modi procedendi* que son en absoluto antagónicos. Y de aquí los problemas que cada día surgen.

El juicio de los antiguos Juzgados municipales (verbal, por antonomasia) debe ser, conforme a su esencia, un juicio concentrado, con un orden más o menos libre de actos procesales, sin preclusiones fundamentales y que repugne las alegaciones eventuales. En cambio, en el juicio de la Ley de Bases hay orden taxativo (orden legal, *Reihenfolgeprinzip*), por tener una fase de alegación de hechos y fundamentos jurídicos, otra de reconvención, un único momento de presentación de material documental, una única oportunidad de oponer excepciones procesales y materiales, la imposibilidad de nuevas alegaciones en la comparecencia, un tiempo fijo para la designación de medios probatorios y otro para desenvolverlos (práctica de la prueba), etc., todo lo cual es pura desconcentración, orden pre establecido de actos y necesidad absoluta de alegar *ad omnium eventualum*. Tan sólo existe concentración respecto de las cuestiones incidentales, las que además, y esto es un mérito de la Ley de Bases, pueden ser evitadas, en cierta medida, por la posibilidad que concede de subsanar determinados defectos procesales.

La vigencia de principios así antitéticos se traduce en muy variados y graves inconvenientes prácticos, especialmente temor de una declaración de incompetencia después de gastada gran parte de energía procesal, dificultad de aplicación de las doctrinas científicas y jurisprudenciales sobre el "juicio verbal" al nuevo tipo, indeterminación del momento hasta el cual pueden presentarse los documentos con los que, *prima facie*, cabe establecer la competencia territorial, régimen de la rebeldía unilateral y de la bilateral, reglamentación de las medidas precautorias, sobre todo embargo preventivo de modo temporáneo para evitar las ocultaciones, etcétera, etc.

No resulta muy bien servido gran parte del derecho material de arrendamientos urbanos con un procedimiento tan imperfecto en su regulación, lleno de dudas y susceptible de toda sorpresa.

Otro problema general es el de los recursos. Nada digamos sobre la variedad de apelaciones, seguramente justificada, como lo consideramos respecto de las variedades ejecutivas.

En este punto, lo más sorprendente en la Ley que nos ocupa es que los negocios menos complicados, o que así se consideran, por atribuirlos a los Juzgados inferiores, tengan concedidas dos instancias y un recurso de casación peculiar; y, en cambio, los más importantes sólo disponen de una instancia y un recurso ante el Tribunal Supremo. No hay argumento ninguno capaz de justificar semejante error de política legislativa procesal. No cabe aducir nada relacionado con el personal, puesto que jurisperito es el Juez municipal (hasta ahora, incluso del mismo Cuerpo judi-

L. Véase mi estudio *Problema del juicio de pequeña cuantía*, en *RDP*., II (1946), página 379 y sigs.

cial que el de Primera instancia) y lo es igualmente el comarcal, con la jurisprudencia que se ha estimado necesaria a la entidad de los negocios que se le encomiendan. Si, aun así, se adujese que son posibles errores en la Justicia municipal, entonces la sola respuesta posible sería la que defendiera la supresión de la instancia ante ella. La única razón—y ésta sí es importante—puede consistir en la necesidad de lograr la unidad de hermenéutica. Efectivamente, podría darse en la práctica una variedad tal de interpretación al casuismo de la Ley arrendaticia, que en cada comarca sus consecuencias fueran totalmente distintas, con grave perjuicio para los justiciables y menoscabo de la función jurisdiccional. La diversidad interpretativa dentro del ámbito nacional puede existir hoy, y de hecho existe, en todas las materias que no tienen acceso al Tribunal Supremo; pero ello no sucede en cuestiones que afectan tan íntima y tan ampliamente a los particulares, como las arrendaticias, de modo que su trascendencia no es muy grande.

La unidad de interpretación es un bien inapreciable, porque de ella depende la utilidad de la Ley y su eficacia; pero está por ver si no es un bien superior la sustanciación más rápida de los negocios arrendaticios, en lugar de una justicia diferida hasta años. Si, en efecto, persiste la actual regulación de los recursos en esta rama, es muy posible que el propietario que logró en dos instancias, no muy lentas, un pronunciamiento favorable de desocupo, sea constreñido a esperar unos cuantos años, hasta que el Tribunal Supremo, cargado con un número inverosímil de recursos, pueda resolver en definitiva. Porque tal es la realidad de hoy. Exactamente durante el primer año y medio de vigencia de la Ley arrendaticia, y contando con que los primeros recursos—según los datos fidedignos que poseemos—no fueron interpuestos hasta mayo de 1947, tuvieron entrada en la Sala primera 1.207 recursos; y al lado de esto, en el año judicial que acaba de transcurrir—según los cuadros estadísticos que acompañan al discurso de la Presidencia del Tribunal Supremo (15 de septiembre 1948)—los resueltos fueron, en total, 90, pues todos los restantes (145), hasta 235, terminaron por desistimiento o deserción. Es decir, que, con arreglo a estos datos, se despacha, aproximadamente, menos de una tercera parte de los recursos que ingresan. Y no se puede atribuir el fenómeno a la actividad judicial, pues el trabajo de la Sala primera fué de extraordinaria intensidad en el año último, ya que en asuntos civiles comunes despachó 378 recursos efectivos y actuó en la sustanciación de otros 224, hasta que se produjo el desistimiento o la deserción.

Nadie puede dudar, en presencia de estos datos, que la modificación de la Ley arrendaticia, en cuanto al particular afecta, es urgente e inaplazable. Hasta cierto punto, puede servir al designio de unificación un recurso *per saltum*, sometido al impulso privado y al oficial.

Nuevo problema de tipo general es el del recurso introducido por la tan referida Ley, bajo el título “injusticia notoria”. Sabido es que ella no hace sino recogerlo de la Ley de Arrendamientos rústicos, si bien agregando a la causa tercera la “doctrina legal”, con lo que pasa a ser “injusticia notoria por infracción de precepto o de doctrina legal”. Aparte

de esto, por un lamentable descuido, no se tuvo en cuenta que el nombre del recurso es "revisión" en la Ley de 1940, por lo que los motivos pueden perfectamente llevar el distintivo específico de "injusticia notoria"; y en la arrendaticia urbana, al llamarse el recurso, genéricamente, "de injusticia notoria", habrá recursos que deberán enunciarse redundanteamente así: "injusticia notoria por injusticia notoria", etc.

Las características fundamentales de este recurso, prescindiendo del nombre, totalmente anacrónico e indefinido, son la reducción de todos los motivos de la casación tradicional por infracción de Ley a uno solo, precisamente la infracción, lo que es un acierto, porque, en el fondo, todos los motivos de esa especie de casación se reducen o reconducen a ella; la indistinción de las infracciones del Derecho aplicado al fondo y las del que atañe al proceso—una tendencia de las legislaciones actuales—, porque la causa "quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, cuando hubiere producido la indefensión", no recoge todos los casos posibles de infracciones de Ley procesal²; y la ampliación del examen de los hechos, a través de la valoración probatoria por parte del Tribunal Supremo, con la causa última "manifiesto error en la apreciación de la prueba cuando se acremente por la documental o pericial que obre en los autos", y sólo eso, porque—como hemos dicho en otra ocasión—, a nuestro juicio, el Tribunal de casación jamás podrá admitir que a estas alturas del progreso jurídico ni el documento ni el dictamen pericial puedan llegar, mediante una indirecta norma legal de prueba a su favor, hasta la preeminencia de cancelar todas las posibilidades de juicio lógico probatorio por parte del *index a quo*³.

Ante todo esto, ¿cómo ha reaccionado la jurisprudencia? Por lo que se desprende de la estadística antes resumida, son todavía pocas las resoluciones del Tribunal Supremo, pero quizás suficientes para mostrar cómo, en primer lugar, y en calidad de tarea primera que le incumbía, ha identificado o caracterizado el recurso de "injusticia notoria", no separándose del necesario rigor formalista que en cuanto a la interposición, planteamiento y resolución se exige—y es indudablemente necesario, porque la casación no puede ser cosa minúscula ni fácil—con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil. No reputamos necesario aducir sentencias concretas. Y lo propio sucede respecto de la causa 4.^a, sobre el juicio probatorio, que, deficientemente entendida, podría crear una sensible discrepancia con las convicciones sostenidas por el alto Tribunal, tras muchísimos años de aplicación del número 7.^º del artículo 1.692, en la misma Sala, y asimismo suscitar nuevamente el problema sobre la diferencia entre el error de interpretación que sabiamente viene siendo remitido al número 1.^º del artículo 1.692, y el de apreciación de prueba documental, que corresponde al 7.^º del mismo artículo. Acerca de estos extremos, las sentencias de 15

2. Por esto la sentencia de 8 de julio de 1948 no ha de entenderse en sentido distinto de otras varias que le han precedido, esto es, que la invocación del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil no significa su equiparación con la causa segunda de la Ley arrendaticia.

3. Véase mi *Jurisprudencia procesal civil*, en *Rer. de Leg. y Jurisp.*, enero de 1949.

de junio, 12 de marzo y 9 de febrero de 1948, de un lado, y la de 1.^o de junio de 1948, por otro, han establecido una doctrina que no permite duda alguna.

Tan sólo no hemos podido hallar base en la Ley de Arrendamientos urbanos para concluir, como hace la sentencia de 5 de noviembre de 1947, que el recurso de la causa 2.^a, "quebrantamiento de las formalidades del juicio cuando hubiere producido la indefensión", es algo distinto y separado del recurso "de injusticia notoria", que comprendería sólo los tres motivos restantes. Y el caso es que en los cuadros estadísticos del Tribunal Supremo figuran, como independientes los "de injusticia notoria" y los debidos a "quebrantamiento de forma". Creemos que opera aquí el especísmo de la separación existente en la Ley de Enjuiciamiento civil; pero muy especialmente el hecho hemos de atribuirlo a un defecto de redacción, incluso a olvido legislativo, según puede comprobarse por la confrontación de los artículos 166, párr. a), 169, pr. y 3.^a, y 172, todos en relación con el 178; porque si fuesen distintos recursos, se provocaría otra nueva anomalía, esto es, que los negocios sustanciados en primera instancia ante los Juzgados de este nombre, no sólo resultarían privados de una segunda instancia, conforme antes se expuso, sino que sólo tendrían concedido el recurso "de injusticia notoria" (en el sentido estricto, inherente a la dualidad que combatimos), toda vez que el último de los artículos citados, 178, sólo habla de "injusticia notoria", y no también de "quebrantamiento de las formalidades", etc. A nuestro juicio, lo que la Ley ha querido es, simplemente como sucede en la de Enjuiciamiento civil, limitar los recursos posibles para los negocios menos importantes o más fáciles que se sustancian ante los Juzgados inferiores, al que tiene como causa dicho "quebrantamiento".

Ha puesto ya también orden el Tribunal Supremo en una cuestión que sólo puede suscitarse cuando no se haya penetrado en la esencia del nuevo recurso, una forma de casación (y este nombre lo emplea el Tribunal Supremo: sentencia de 5 de noviembre de 1947 y otras), hasta el punto de que, si no se hubiera querido innovar con léxico divergente del tradicional, bastaría haber aludido en la Ley a las facultades que concede y al deber que impone al Tribunal Supremo en cuanto al juicio probatorio del *index a quo*. Dicha cuestión es la que versa sobre la necesidad de intentar en las instancias la subsanación de los defectos procesales susceptibles de originar, en su día, el recurso por quebrantamiento. Sin embargo, ha de tenerse sumo cuidado, porque ciertas infracciones procesales pueden caer dentro de la causa general "infracción de precepto o de doctrina legal", o bien afectar a requisitos esenciales cuya observancia es imperativa y se ha de sancionar aunque no hayan mediado las peticiones subsanatorias en las instancias, como ha sostenido el Tribunal Supremo en recursos de derecho común.

A primera vista parece que todo el mundo va a comprender que las constantes remisiones de la Ley Arrendaticia (como de cualesquiera otras) a determinado *modus* de simple tramitación o sustanciación es sólo eso, una norma de remisión. Pero no es así, sino que por litigantes y Tribunales se incurre, a veces, en la equivocación de prescindir del derecho mate-

rial contenido en la Ley que remite, por ejemplo, no imponer las costas en un juicio de desahucio por precariedad a causa de que, habiendo mediado oposición, se ha seguido ulteriormente según el procedimiento de incidentes, donde no hay imposición preceptiva de costas; o pretender que las cuestiones ambiguas oscuras o alejadas del contenido atribuible a un juicio de desahucio, o incluso una reconvención por causa absolutamente inconexa respecto de la principal, pueden plantearse en él por el hecho de que la Ley indique como procedimiento a seguir el del juicio de pequeña cuantía. Acerca de este error se ha pronunciado claramente la sentencia de 9 de julio de 1948.

Hablamos al principio sobre algunas lagunas tan importantes como la de la legitimación procesal del subarrendatario, y no es esta la primera vez que nos ha preocupado el problema⁴. En realidad, sin un precepto legal taxativo, la entrada del mismo en el proceso, su derecho a interponer recursos contra sentencia que le perjudique, cuando falta todo nexo con el propietario, como ocurre en los casos de subarriendo a espaldas del propietario, ofrece gran dificultad en un ordenamiento jurídico procesal donde, por excesiva influencia del romanismo, los supuestos de pluralidad de partes no se hallan regulados. El caso ha sido abordado por la importantsima sentencia de 8 de julio de 1948, con la que se anuló otra que negó la intervención del subarrendatario en la instancia⁵.

Quedan así expuestos algunos perfiles de la nueva legislación y hechas las indicaciones más salientes sobre el tratamiento que el Tribunal Supremo está dando al nuevo recurso y su modo de enfocar ciertos problemas en relación con aquéllas y con éste. Será preciso esperar hasta que contemos con abundancia de sentencias para emitir juicios más concretos, o, todavía, a la eventualidad de que la Ley sea reformada para obviar algunos de los graves inconvenientes referidos.

L. PRIETO CASTRO.
Catedrático de la Universidad
de Madrid. Abogado.

4. Véase RDPr., III (1947), págs. 117 y sign.

5. El pro y el contra de este criterio lo hemos examinado en el lugar indicado en la última nota. No se puede invocar como precedente la sentencia de 6 de marzo de 1946, porque se trataba de dos litiscoscretos necesarios, por el carácter de la relación jurídica material; y en ningún caso atañe a la de 23 de octubre de 1947.

II. SENTENCIAS ANOTADAS

TRIBUNAL SUPREMO

El principio «da mihi factum, dabo tibi jus» en casación

SENTENCIA 26 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de Ley—cuestiones nuevas: aplicación del Derecho en casación.

Si a los hechos aducidos por las partes ha aplicado normas inadecuadas la jurisdicción inferior, es obligado restaurar el derecho perturbado en virtud de la función correctora de la casación y en obediencia al principio "da mihi factum, dabo tibi ius" y afirmar cuál es la norma que debiendo hacerse valer no fué utilizada.

ANTECEDENTES.—Pueden deducirse perfectamente del primer considerando de la sentencia que a continuación se expone:

CONSIDERANDO.—Que en el segundo de los motivos en que se apoya el recurso formula el recurrente ante esta Sala la cuestión de si deben o no aplicarse al caso presente los preceptos de la Ley de 7 de diciembre de 1939, llamada de Desbloqueo, y singularmente el contenido del artículo 37 de la misma, como lo han hecho, tanto el Juzgado como la Sala de instancia, exponiendo a este Tribunal de Casación la procedencia de pronunciarse acerca de ello, dadas las especiales circunstancias en que se produjeron los hechos origen de este litigio, mas el examen de tal proposición sugiere las consideraciones fundamentales, una de carácter procesal y otra de fondo: la primera de las cuales se sintetiza en si habiéndose desarrollado las dos instancias del pleito, en el supuesto de la aplicación debida de aquella especial disposición, excepcionado por el demandado y admitido por la parte actora, si bien con reservas manifestadas en diversos momentos de la tramitación, puede esta Sala, en el cauce estrecho de la casación, desarticular lo debatido modificando la construcción jurídica procesal que ha sido objeto de la actuación judicial y la solución afirmativa se impone por cuanto, aun dada la condición derogada de la jurisdicción civil, es innegable la función correctora de la casación, y si en obediencia al principio *da mihi factum dabo tibi jus* a los hechos aducidos por las partes ha aplicado normas inadecuadas la jurisdicción inferior, es obligado restaurar el derecho perturbado y afirmar, por el medio de la apli-

cación indebida a que se refiere el número primero del artículo 1.692 de Ley procesal, cuál es la norma que debiendo hacerse valer no fué utilizada.

FALLO.—Ha lugar.

Se sigue, respecto a la casación, un criterio restrictivo, debido, según la propia jurisprudencia, a la naturaleza extraordinaria de este recurso, lo que hace necesario un gran cuidado por parte del profesional al plantear un recurso de este carácter.

Una de las dificultades que presenta el recurso y causa muy frecuente para rechazarlo es la de que no cabe plantear en casación cuestiones nuevas. El gran número de resoluciones en que se contiene esta afirmación es numerosísimo. La justificación legal se hace apoyar en el número 5.^o del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero sin utilizarlo como debiera ser en el trámite de admisión, sino al resolver sobre el fondo, dificultad que el Tribunal Supremo ha zanjado al decir, como es sabido, que las causas de inadmisión constituyen también causas de inadmisión, constituyen también causas de desestimación en cuanto al fondo.

Cuestión ésta de gran interés, como puede colegirse, no ha tenido ni por parte del Supremo ni por parte de los que han tratado este punto, una solución definitiva. Por ello aterra siempre pensar que un recurso que pueda quedar bien planteado quede fuera de la casación, porque se considere que se ha planteado una cuestión nueva. Esta falta de seguridad al moverse en este terreno se acrecienta cuando, por ejemplo, por parte de persona tan experta en esta materia como Plaza, se dice, al hablar de la posición del recurso en relación con la sentencia de instancia, que el tratamiento de las posiciones nuevas en casación (problema de todos los días y sobre el que las resoluciones se cuentan por centenares) es una cuestión de *sensibilidad*; y por ello sería más que difícil fijar criterios *cerrados*, si bien en las páginas que dedica a este punto se encuentran sugerencias de indiscutible interés, distinguiendo la *cuestión nueva del argumento nuevo*, que sin alterar los hechos definitivamente asentados razona cuestiones de Derecho que, por primera vez, pueden ser planteadas en casación, aunque sin cambiar el punto de vista¹.

Ante dificultades tan evidentes, cualquier intento de aclaración y de diferenciación es digno de elogio, y por ello la sentencia que anotamos merece ser destacada porque ha concretado un punto, tal vez el neurálgico, en este tema tan impreciso.

La razón legal de que las cuestiones nuevas no puedan plantearse en casación deriva, como hemos indicado, del número 5.^o del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que considera como causa de inadmisión del recurso "cuando la Ley o doctrina citadas se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito". Este extremo de la cuestión no debatida es el que merecería ser aclarado, ya que en base del mismo se considera una cuestión como nueva, o sea, que una cuestión es nueva en cuanto no haya sido

1. *La casación civil*, Madrid, 1944, págs. 160 y segt.

debatida. En un concepto amplio sería cuestión no debatida toda aquella que por cualquier concepto, y sea la que fuere su naturaleza, no había sido objeto de alegación y discusión, comprendiendo lo mismo una cuestión de hecho que de derecho, e incluso las que afecten a la pretensión contenida en los escritos de demanda o contestación, o en los de réplica y dúplica, e incluso en el de conclusiones, con las limitaciones en cuanto a éstos de los artículos 548, 2.^º párrafo, y 670, 4.^º, 3.^º, de la Ley de Enjuiciamiento. Pero si observamos más detenidamente el problema, vemos que las cuestiones referentes a los hechos tienen un encaje diferente, ya que en cuanto a las mismas hay causa de inadmisión específica; la contenida en el número 9.^º del artículo 1.729, aunque cuando se trata del error de derecho tiene semejanza con el número 1.^º del 1.692, y las referentes a las modificaciones de la pretensión que determinaría una incongruencia en el número 8.^º del mismo artículo, con la imposibilidad que debemos de hacer notar que en el recurso de casación por infracción de Ley pueda alterarse la súplica o petición, ya que el recurrente se limita a solicitar la casación y a que se dicte otra sentencia ajustada a derecho y dentro de los límites, naturalmente, de las contenidas en los escritos de alegaciones. Resulta, por tanto, que el número 5.^º del artículo 1.692 tiene su juego propio en la aplicación del derecho, en el número 1.^º del artículo 1.692, en la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las Leyes o doctrinas legales aplicables al caso. Ahora bien, justamente el motivo del número 1.^º del artículo 1.692 se da para corregir la aplicación defectuosa del derecho que se haya realizado en la sentencia recurrida y respecto a esta aplicación. ¿Qué limitación tiene el recurrente? Vemos que para formalizar el recurso se tiene como antecedente necesario y suficiente la certificación de la sentencia contra la que se recurre, y de la de primera instancia si en la segunda hubieren sido aceptados y no reproducidos textualmente todos o algunos de sus resultados o considerandos, y respecto a los fundamentos de derecho aducidos por las partes, las sentencias no contienen, cuando más, sino una somera indicación, siendo la norma general la de expresar que se alegaron los que estimaron de aplicación o cualquier frase semejante, es evidente que si, conforme a la Ley, no se le suministran a quien quiere recurrir en casación datos concretos de la fundamentación jurídica, es porque no se estima necesario que haya de ajustarse exactamente a las normas que han servido de justificación de los hechos.

La propia estructura de la sentencia, como resulta del artículo 372, número 2.^º, de la Ley, sólo exige que se consignen las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, pero para nada obliga a que se relacionen los fundamentos aducidos por las partes. En alguna sentencia se hace referencia para estimar como nueva a una cuestión a que se refiera a partes que no consten en el apuntamiento, pero éste no lo tiene en su poder el recurrente.

En la casación promovida al amparo del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley se ataca la justificación que en derecho se contiene en los considerandos de la sentencia que son premisa indiscutible del fallo, limitándose de este modo la actividad del recurrente, pero no exigiéndole que ne-

cesariamente haya de insistir, reproduciendo una argumentación que, además, desconoce.

Creemos que, en buenos términos, puesto que en definitiva, la fundamentación en derecho no es un elemento que sirva para caracterizar o identificar una acción o pretensión procesal², sino que el Juez o Tribunal aplica libremente, no debe cohibirse la libertad de movimiento del recurrente. Si esto es evidente en la instancia, no vemos dificultad para que se aplique en casación. No obstante esto, el Tribunal Supremo, a diferencia de la actitud en que se encuentra la Audiencia ante una apelación en la que libremente aplica el derecho, no puede subsanar defectos de la sentencia en la aplicación del derecho que no se hubieran comprendido en los motivos del recurso, porque la función del Tribunal Supremo en este punto es correctora, pero con la limitación de que se haya propuesto por el recurrente como motivo del recurso. Igualmente pensamos que la sentencia que casa—distinto es el supuesto de la segunda sentencia—no puede recogerse el derecho más que en la forma en que el recurrente lo propone. En este sentido, y con estas limitaciones, ha de verse en la sentencia que anotamos la expresión del principio “da mihi factum, dabo tibi ius”; la Sala no puede aplicar libremente este principio, que sólo puede desplegar su eficacia en tanto que el recurrente lo alegue, por lo que hemos de ver siempre orientado este principio, es base de un motivo propuesto por el recurrente.

La sentencia que comentamos ha delimitado, valientemente y con sano criterio, un aspecto, tal vez el más interesante de esta vieja cuestión, de las cuestiones nuevas en casación. Con ella queda eliminado un problema que antes permanecía en la sombra, al conocerse sin los distingos y vacilaciones que antes existían cuando se intentaba concretar este punto, que, aunque no se haya discutido en torno a la aplicación de una norma de derecho, si el recurrente la cita como infringida, el Tribunal Supremo puede, en virtud de la función correctora de la casación, restaurar el derecho perturbado aplicándola. Con esta doctrina, que esperamos merezca el honor de su reiteración, pero que, a los efectos de afirmarse con valor, lo tiene por sí misma en cuanto se justifica en el principio de conocimiento del derecho por parte del órgano jurisdiccional, resultan afectadas muchas resoluciones de la misma Sala que desestimaron recursos al apreciar como cuestión nueva la simple modificación del derecho que se estimaba aplicable.

Dos pequeñas objeciones hemos de hacer a la sentencia: Una, la de que

2. “El fundamento de derecho, si bien constituye un elemento de la pretensión—dice GUASP, en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. I, pag. 343—, no es un elemento individualizador de la misma como lo son las partes, el objeto o el fundamento del derecho; de donde se deduce la importantísima consecuencia de que el cambio del fundamento jurídico de una pretensión no es un cambio de la pretensión misma y, por tanto, que dicho cambio es admisible aún después de iniciado el proceso, sin que el objeto de la litis se entienda modificado por ello, que el Juez podrá fallar apoyándose en un fundamento jurídico distinto al alegado por las partes sin incurrir en incongruencia, que no bastará para evitar la aplicación de la cosa juzgada la interposición de la misma pretensión con un fundamento jurídico distinto, y así sucesivamente.”

según aparece de su texto, el recurrente no especificó la clase de infracción del número 1.^o del artículo 1.622, en que basaba el motivo, que, en otros casos, ha sido causa de desestimación, y la otra, que la infracción no sería propiamente la de aplicación indebida, como se dice, sino más exactamente la de violación.

Abraham VAZQUEZ

Obligación genérica y cosa fungible

Una sentencia del Tribunal Supremo (2 julio 1948), relativa a la naturaleza genérica o específica de la obligación, ha contribuido a precisar y delimitar conceptos cuyo campo de aplicación presentaba ciertas zonas confusas, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia.

La sentencia citada no es la única que en los últimos tiempos haya tocado problemas fundamentales de la obligación genérica. La misma Sala Primera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de enfrentarse con el tema en una sentencia que hubo de tener amplia repercusión: la de 13 de junio de 1944. La sentencia que nos proponemos comentar en esta nota tiene su origen en interpretaciones erróneas dadas por numerosos Tribunales de instancia a la doctrina sentada en la sentencia de 13 de junio de 1944.

Conviene, pues, empezar recordando los problemas dilucidados en ella. El caso era el siguiente: Una gran casa dedicada al negocio de aceite había vendido a otra, en junio de 1936, 200.000 kilos para entregar en determinado lugar y plazo a fines de agosto de 1936. El comprador pagó, pero sobrevino el Movimiento Nacional; el lugar de entrega, Jaén, quedó en zona roja y la obligación no pudo cumplirse. Terminada la guerra, el comprador demanda el cumplimiento de la obligación y el Tribunal Supremo decide que tratándose de una obligación genérica subsiste la obligación de entregar. Sin perjuicio de ello, estimando que la modificación de circunstancias provocadas por la guerra de liberación hacía desproporcionadamente oneroso el cumplimiento de la obligación originaria en sus términos taxativos, redujo en su segunda sentencia la cuantía de la prescisión.

La sentencia de 13 de junio de 1944 tuvo un indudable interés teórico y práctico. La cuestión fué sometida al Supremo Tribunal por dos de nuestros primeros juristas, Joaquín Garrigues y Nicolás Pérez Serrano, el segundo de los cuales publicó con ocasión del caso un interesante trabajo sobre las obligaciones genéricas en la revista *Jus*. El trabajo señalaba principalmente las incertidumbres en la distinción entre las obligaciones genéricas y específicas, lo borroso de los límites entre unas y otras, y subrayaba ciertas tendencias doctrinales contemporáneas a superar la distinción, sustituyendo su rigor por criterios de equidad formados en atención a cada caso.

Y, sin embargo, la distinción entre las obligaciones genéricas y las específicas tiene una clara razón teórica y un fundamento en la realidad. Sólo que este *fundamentum in re* frequentísimo ha sido confundir por la doctrina. La confusión (y su razón) es ésta: puesto que la obligación genérica es aquella en que el objeto de la prestación se designa genéricamente o por su género, serán genéricas aquellas obligaciones en que la cosa objeto de la obligación sea de aquellas *quae in genere suo functionem habent*. De hecho, en el tráfico jurídico coinciden muy a menudo las obligaciones genéricas con las obligaciones cuyo objeto es una cosa fungible, y esta múltiple coincidencia en la vida real contribuye a difundir y rematar la confusión teórica. Y a pesar de ello, la distinción entre unos casos y otros es perfectamente nítida. Pues obligación genérica es aquella en que el contenido de la prestación no está determinado en concreto. El objeto

está designado por caracteres que no lo individualizan. Podrá ocurrir que una vez que ese objeto sea concretado en el acto de la prestación resulte ser un objeto único, insustituible por otro; aun así, si se designó por caracteres genéricos, la obligación fué genérica. Si un vendedor se compromete a proporcionar a un comprador un caballo árabe, pura sangre, de tres años, de pelo tordo, de cierta alzada..., la obligación es genérica, aunque, ciertamente, para el comprador que lo recibe ese caballo no va a ser una cosa genérica.

Si un joyero se compromete a vender un brillante que tenga un determinado número de quilates y resultara que de ese peso exacto no se conocía en el mundo más que el famoso Kohinoor de la Corona británica, no por eso podría decirse que el joyero se había comprometido a venderlo. Ni tampoco la eventual destrucción del Kohinoor podría ser alegada por el joyero como eximiente de la obligación contraída, o de la responsabilidad por incumplimiento. Pues no fué aquél determinado, el brillante que se comprometió a vender.

Es que en la obligación genérica, en sentido propio, el objeto es ideal: no está designado por caracteres que lo concretan y determinan en su realidad, sino por notas conceptuales que circunscribirán más o menos estrechamente el ámbito de los objetos reales que podrán llenar aquellas características conceptuales, pero que no señalan directamente ningún objeto existente.

Ese es el sentido de la expresión de que el género no perece. El género es un "universal" al que pueden responder un indeterminado número de ejemplares existentes en la realidad. Y son éstos los que pueden extinguirse o desaparecer.

Dicho está también con ello algo que la doctrina clásica de Pandectas subrayó ya debidamente. El carácter genérico de la obligación se debe a la voluntad de las partes, a los términos en que han concebido y querido la obligación creada, y no depende, por tanto, de los caracteres intrínsecos que puedan tener los objetos reales capaces de satisfacer la obligación.

Y así, pasando a un ejemplo contrario, si yo compro *ese montón de trigo que hay ahí*, la cosa que yo compro podrá tener todos los caracteres de cosa perteneciente a un género, sustituible por otra indiscernible de ella, fungible en una palabra; pero la obligación contraída no será una obligación genérica. La cosa comprada es aquella cosa real y no otra cualquiera.

Si se me pidiera un criterio para contrastar la determinación, la realidad de la cosa objeto de la obligación, yo me atrevería a recurrir a uno, fundado en una distinción muy fecunda, que presenta cierto contacto con el concepto escotista de la *haecceitas*. En la obligación habrá una cosa concreta en vez de abstracta, determinada en vez de genérica, cuando de la cosa podamos decir que es ésta o ésa o aquélla. O cuando podamos decir que es la que está aquí, ahí o allí. En la *determinación de la cosa* que buscamos interviene una clase especial de conceptos. Son aquellos que Husserl definió como "ocasionales", y Ortega Gasset, acaso con más propiedad, como "circunstanciales", esto es, conceptos en cuyo mismo contenido hay una referencia a una circunstancia o situación concreta que por lo mismo no es, ella misma, conceptual, algo, pues, que está implicado en el concepto, pero fuera de él.

Acaso podamos ilustrar ese criterio con algún texto legal. Nuestro Código civil, como es sabido, equipara cosa "genérica" e "indeterminada" (artículos 1.096 y 1.167) a las que opone la cosa "determinada" (artículo 1.096). Como la obligación de entregar cosa determinada se extingue cuando aquella se pierde sin culpa del deudor (artículo 1.182), la doctrina deduce a contrario, que no se extingue la obligación de entregar cosa genérica o indeterminada. La argumentación es válida, pero deja de serlo si descuidadamente se transforma diciendo que la obligación subsiste cuando la cosa perdida o destruida es genérica o indeterminada. Pues lo que

ocurre es que de tal cosa no cabe pérdida o destrucción. No de cosa indeterminada: pues toda cosa que se pierde es determinadamente *aquella cosa* que se pierde. Lo que no estaría determinado es que aquella cosa fuera la que estaba en obligación; por lo mismo no le afecta a ésta. Y lo mismo se diga de la cosa genérica. No sólo por la equiparación antes citada entre indeterminada y genérica, sino porque no cabe propiamente pérdida de lo que no es real, sino abstracto. La tendencia a equiparar cosa fungible y cosa genérica (cuando la primera puede ser real y la segunda nunca lo es) da lugar a esas expresiones impropias. El artículo 1.452 del Código civil pudiera parecer un ejemplo de aquella confusión; pero es, a nuestro juicio, lo contrario, y encontramos en él una confirmación de la doctrina que venimos exponiendo. El comprador, con arreglo a él, corre con el riesgo de la cosa determinada en los términos del artículo 1.182. Y la regla (prescindiendo del caso de la mora, ajeno a nuestro tema) se aplica a la venta de cosas fungibles en dos casos: *a)* cuando se haya hecho "sin consideración a su peso, número o medida"; *b)* cuando "se hayan contado, pesado o medido". Y ante estos casos, al parecer opuestos, hay que preguntarse: ¿Qué tienen de común? ¿En qué coinciden el pesar de las cosas vendidas y el venderlas sin atención al peso? Tienen de común el referirse a cosas que se han determinado concretamente. Pues cuando las cosas se han contado, pesado o medido, las que están en obligación son ya aquellas que se pesaron, contaron o midieron. Y cuando la venta no pende de semejante operación, el supuesto implícito de la Ley es que de un modo u otro las cosas ya fueron concretamente determinadas en el contrato; que éstas ya entraron "aisladamente" en la obligación, como dice el Código civil, con un término acaso no muy propio, pero sí muy expresivo, de que concibe la cosa como concretamente separada.

¿Y qué casos son los que quedan fuera de la aplicación de la regla del artículo 1.452? Quedan fuera los de cosas que se venden a peso, número o medida y que todavía no se han pesado, contado o medido. Esto es, cuando se vende una cierta cantidad o un cierto número de cosas designadas abstractamente por su carácter genérico. En tal caso en obligación no hay cosas reales, porque ni se han aislado previamente ni todavía han sido objeto del acto de contar, pesar o medir, que las individualiza o concreta.

Esta noción de los conceptos circunstanciales nos permite descubrir la naturaleza híbrida del ente que se esconde bajo la denominación de *genus limitatum*. Cuando se vende, por ejemplo, una partida de vino de la cosecha de tal pago y de tal año, en la aparente obligación genérica se han introducido dos referencias circunstanciales, que delimitan el objeto de la obligación, no como un género abstracto, sino como un conjunto real de cosas que precisamente por ser existentes pueden destruirse y desaparecer. Análogo es el caso, de menos apariencia genérica, de la parte de un cargamento de un barco. La obligación que la tuviera por objeto se extinguiría por la pérdida del conjunto real, el cargamento, de que aquélla formaba parte. Dos rasgos hay que subrayar que apartan esencialmente casos tales de la obligación genérica: *a)* el deudor puede dar la prueba positiva de la pérdida de los objetos que estaban potencialmente *in obligatione*; *b)* nada importa que existan otros objetos idénticos—incluso en poder del deudor—si se perdieron los que estaban determinados en la obligación. El llamado *genus limitatum* no designa una manera de género, como si dijéramos, más restringido que el corriente, sino un conjunto cuyo modo de ser es esencialmente distinto del género.

Veamos, tras estas consideraciones, el caso debatido en la sentencia de 2 de julio de 1948.

El negocio jurídico de que la cuestión arranca es uno muy frecuente en nuestra economía. Normalmente, los cosecheros de aceituna la llevan a moler a una fábrica, la cual extrae el aceite, que entrega a los cosecheros, percibiendo una cantidad de aquél en concepto de remuneración. O

bien se hace a maquila, detrayendo una parte alícuota de cada unidad de volumen de aceite producido, o bien al recibir la aceituna se establece la equivalencia del aceite que corresponde al cosechero.

Normalmente también, los cosecheros, en el momento de entregar la aceituna, reciben un vale por el aceite, y es frecuente que el cosechero que vende su aceite lo haga transfiriendo el vale y deje hasta la venta el aceite depositado en la fábrica. Ocurre, incluso, que a veces quedan sin retirar cantidades de aceite de un año para otro. En tales casos, y en concepto de alquiler de vasijas, los fabricantes depositarios cobran una pequeña cantidad anual por arroba de aceite. Finalmente, ocurre que en los depósitos y vasijas de la fábrica se mezclan los aceites de los distintos cosecheros e incluso de distintas cosechas.

Todos estos supuestos de hecho se dan en el caso que fué sometido a decisión del Tribunal Supremo, con la circunstancia (también normal) de que en los vales de aceite que los fabricantes entregaban a los cosecheros se hacía constar que no responderían de las pérdidas que tuvieran lugar por fuerza mayor.

Cuando estalló el Movimiento Nacional, la región olivarera más importante de España (zona de Jaén) quedó en poder de los rojos. En una forma u otra, con más o menos formalidades, los elementos del llamado Frente Popular se incautaron de las fábricas de aceite, excluyendo a los propietarios y administrando a su modo las fábricas mientras estuvieron en su poder. Terminada la guerra, frecuentemente ocurrió que por el pronto se hicieron cargo de las fábricas y de sus existencias los que se llamaron "Comités de Recuperación". Por lo que respecta al caso que exponemos, consta en autos que cuando el Frente Popular se incautó de la fábrica sus recipientes estaban llenos de aceite y que cuando el Comité de Recuperación la devolvió a los fabricantes dichos recipientes estaban vacíos.

Resultaba así que había cosecheros que teniendo vales de aceite de 1936 y algunos de 1935 se encontraban sin él. Sin embargo, por el momento ningún cosechero pensó en hacer a los fabricantes objeto de ninguna reclamación, pues parecía claro que si algunos cosecheros habían perdido lo que tenían depositado el año 1936, ello no era imputable a los fabricantes. Por añadidura, éstos no sólo habían perdido la parte de aceite que les pudiera corresponder, sino también los beneficios industriales de los años que la fábrica estuvo incautada.

Pero he aquí que el 13 de junio de 1944 se pronuncia la famosa sentencia, ya recordada, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. La indudable naturaleza genérica de la obligación sobre que la sentencia versaba tenía como consecuencia ineludible el declarar subsistente la misma. El caso resuelto por la sentencia dicha tenía caracteres jurídicos esencialmente distintos del que nos ocupa, como ya el lector habrá podido apreciar. Pero entendido de otro modo por muchos profesionales del Derecho y por muchos Tribunales de instancia, dió lugar a un número creciente de reclamaciones en las que los cosecheros de aceite pedían el abono de sus vales por considerar que se trataba de una obligación genérica. Muchos de esos casos por su cuantía no pasaron de los Tribunales de instancia, pero el que examinamos (por demandar conjuntamente varios cosecheros) alcanzó la que le ha permitido llegar a conocimiento del Tribunal Supremo.

Lo mismo la sentencia del juez que la de la Audiencia estimaron que la obligación de los fabricantes de entregar a los cosecheros de aceituna el aceite elaborado con ésta, era una obligación genérica.

El juez trató de mostrar que no había en ella ninguno de los matices que, según la sentencia de 13 de julio de 1944, hubieran podido transformarla en específica. Así decía el Tribunal Supremo que en el contrato de compraventa de aceite que se le sometía no había "indicación de que la venta se hiciera refiriéndola a determinada procedencia o cosecha..." (La tesis del Supremo es clara: si se hubiera determinado la procedencia o

cosecha se habría circunscrito un ámbito de objetos reales que en efecto podían parecer, y pasada la guerra acaso hubiera cabido demostrar que de aquella cosecha no existía aceite; pero en el contrato no había determinación ni de espacio ni de tiempo; por consiguiente, subsistía la obligación.)

Pero en nuestro caso—dice el juez—“hay vales de diversas cosechas”; y piensa que esta pluralidad equivale a la indeterminación de que habla la sentencia del Supremo. Como si cada vale no fuera de una cosecha y de una molienda determinada; como si cada vale no respondiera al hecho real de que se había llevado efectivamente una cantidad de aceituna para extraer de ella un aceite que se encontraba en la fábrica!

El juez pensaba que “para que la obligación hubiera dejado de ser genérica por el hecho de que la mercancía se hallara localizada en cierto sitio, haría falta que hubiera habido un solo fabricante y un solo olivarero... pero no en el caso de autos, en que a la fábrica se llevó infinidad de aceituna por un número de olivareros que produjo el aceite que quedaba confundido entre sí y con el que no habían retirado los cosecheros de los años anteriores, ignorándose el sitio que en la fábrica se hallaba el aceite correspondiente a cada uno de los actores...”. “El caso, pues—sigue diciendo el juez—es el mismo de la sentencia de 13 de junio de 1944: en ambos está determinado el lugar en que se hallaba la mercancía (Jaén en un caso y la fábrica en otro), pero no el sitio, que en el caso que nos presenta el Tribunal Supremo pudo ser cualquiera de los almacenes que tenía en nuestra capital el vendedor, y que en el caso de autos era indistinto dentro del edificio, puesto que no estaba individualizado el aceite correspondiente a cada uno de los demandantes en determinadas vasijas, por lo que llegamos a la conclusión de que no ha existido transformación de obligación genérica en específica.”

Obsérvese que el considerando parte de que el aceite *estaba en la fábrica*, confundido con el no retirado en años anteriores y sin que pudiera saberse en qué vasijas de la fábrica estuviera cada cual. Ahora bien, en la sentencia de 13 de junio de 1944 Jaén no era el sitio donde estaba la mercancía, sino el sitio donde se había de entregar una mercancía que se había designado por su peso, sin que fuera cuestión en el contrato de su real existencia en poder del vendedor en el momento de hacerlo. En cambio, en el caso que examinamos ahora, la fábrica era el sitio donde estaba el aceite, confundido el de unos cosecheros con el de otros, pero realmente existente allí. El hecho de esta mezcla no hace perder a los cosecheros la propiedad del aceite, ni transfiere la misma al depositario, en cuyas vasijas se encuentra. La situación producida, en efecto, es la prevista en los artículos 381 y 382 del Código civil. Ha tenido lugar una mezcla de cosas de igual especie, hecha de buena fe por el fabricante, mezcla, en fin de cuentas, prevista y aceptada por los cosecheros. En las cosas así mezcladas cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponde. El aceite que se encuentra allí es, en la proporción que los vales expresan, propiedad de los distintos cosecheros. No hay indeterminación del objeto; estamos fuera del caso de las obligaciones genéricas.

Pero hay que reconocer que el error en que incurre la sentencia del juez tiene en su abono precedentes seculares.

Un famoso texto del Digesto (D., 19, 2, 31) plantea el siguiente caso: Varios habían mezclado su trigo en la nave de Saufeo; quien devuelve a uno de ellos trigo del común, naufragando después la nave. Y se empieza preguntando si los demás propietarios del trigo que se perdió en el naufragio podrán demandar por su parte proporcional sobre el que se devolvió, entablando la acción *onerisaversi*.

Se trata de un texto corrompido e interpolado. El negocio jurídico del caso era de los que hacían responder al obligado por toda pérdida o destrucción del objeto que no hubiera sido determinada por fuerza mayor. Como tal podía considerarse el naufragio, pero si había una parte del tri-

go que por acto del naviero se había detraído del cargamento y así sustraído a la pérdida, cabía preguntar si por este acto y sobre esa parte había acción contra él.

El caso se relacionaba así con la que se ha definido como responsabilidad por custodia, que era la que en el derecho clásico regía, muy probablemente, en contratos que constituyan un *receptum*, y, ciertamente, en casos de comodato, de arrendamiento de obra, etc. Este tipo de responsabilidad, que no exigía existencia de culpa o negligencia, tenía sólidas razones de justificación en los tipos de negocio a que se aplicaba. Pero la tendencia que se acentúa en el derecho postclásico a generalizar la subjetividad de las nociones de culpa y negligencia, condujo a una serie de perturbadoras alteraciones de los textos clásicos.

Un ejemplo: De esas perturbaciones es el texto a que nos venimos refiriendo. Al parecer, el jurista contesta que, como el trigo se había hecho propiedad de Saufieio, éste pudo darlo y, por tanto, nada hay que reclamar contra él. Sólo que, si se había hecho propiedad de Saufieio, al perderse por naufragio, habría perecido para su dueño y la solución contraria, que el texto supone constituye una violación de los principios jurídicos más graves y flagrantes que la que al parecer se quiere salvar. Pero no termina aquí la anomalía. El texto pasa luego a considerar una hipótesis contraria a la que había constituido el punto de partida: Si el trigo de cada propietario se hubiera colocado separadamente por tablas o cestos, o en distintas vasijas, de modo que se pudiera conocer cuál era de cada uno, entonces no se podía haber hecho permutación, y el dueño del trigo que el naviero había entregado lo podría reivindicar.

No vamos a entrar aquí en el análisis de los problemas de crítica que el pasaje encierra. Lo que nos interesa ahora observar es que semejante inoportuna argumentación ha tenido tan largo eco que resuena todavía en la sentencia de primera instancia que comentamos. Ignorándose el sitio que en la fábrica se hallaba el aceite correspondiente a cada uno de los actores, ya que para que tal cosa hubiera ocurrido, sería preciso que se hubiese pesado o medido y colocado en envases diferentes... No estaba individualizado el aceite correspondiente a cada uno de los demandantes en determinadas vasijas."

El contrato en virtud del cual se llevaba la aceituna a la fábrica para su transformación en aceite era, como ha definido la sentencia del Tribunal Supremo, un arrendamiento de obra. En retribución de la obra, esto es, la elaboración del aceite, el fabricante recibía una cierta cantidad del aceite producido, forma de remuneración que conserva el carácter de precio cierto que exige el artículo 1.544 del Código civil, ya que también hay arrendamiento de obra en casos de hacerla por ajuste alzado (art. 1.593).

Pero ¿quién soportará el riesgo de pérdida o destrucción de la materia, por causa, se entiende, no imputable a culpa del laborante? Soporta el riesgo quien pone la materia. Quien no pone más que su trabajo e industria (que es el caso del fabricante del aceite) pierde el beneficio de su trabajo o industria, pero no responde de la pérdida del material. Así resulta del artículo 1.590, en relación con el 1.589 del Código civil. Y no hay que decir que el precepto se aplica sea o no fungible la materia.

Veamos qué ocurre con la nueva relación jurídica que sobreviene cuando el cosechero, en vez de retirar el aceite elaborado, prefiere dejarlo almacenado en la fábrica. En tal caso se le entregaba un vale en el que se hacía constar que el aceite quedaba en depósito y que el cosechero pagaría una determinada cantidad por alquiler de las vasijas en que se guardaba. La figura de esta relación jurídica sucesiva a la fabricación es claramente de depósito. Aparecen en ella la obligación de custodia y el poner un lugar para que las cosas estén. El pagar un precio por el alquiler de las vasijas confirma que los distintos cosecheros son copropietarios del aceite depositado en la fábrica. Si el aceite hubiera pasado a propiedad del fabricante, ¿cómo iba a cobrar al cosechero un alquiler por las vasijas?

Y tampoco respecto de cosa propia sería posible la obligación de depósito.

Así, pues, como depositario del aceite o como arrendador de vasijas, ¿cuál es la responsabilidad del fabricante? Tendrá que asumir el riesgo de la cosa? No es esa la regla general de los artículos 1.094 y 1.105 del Código civil; el primero establece el grado de diligencia, el segundo excluye la responsabilidad por caso fortuito.

¿Cómo, pues, ha podido la sentencia del Juzgado, como también la de la Audiencia, soslayar la aplicación de esos preceptos al caso? Posiblemente es que una y otra sentencia suponen que no cabe propiamente relación de depósito cuando lo que se entrega es una cosa fungible que se puede confundir con otras. Es la creencia, errónea, de que la cosa fungible, al ser recibida por el depositario, pasa a propiedad del mismo, haciéndole por ello correr con el riesgo. O bien, la creencia de que si el depósito es de cosas fungibles, es un depósito irregular.

Pero lo que en cosas fungibles distingue el depósito del préstamo o transforma el depósito en préstamo es la autorización de hacer uso de las cosas depositadas. Es la antigua tesis de Ulpiano (y de Nerva, Próculo, etc., D. 12, 1, 99), y es la tesis del artículo 1.768 del Código civil. Lejos de que haya obstáculos legales para el depósito regular de cosa fungible, su posibilidad resulta expresamente del citado artículo y del 1.770.

La utilización de la cosa es, pues, lo que quita a la relación carácter de depósito (o lo que lo haría irregular), y eso por dos razones. La utilización de cosa fungible equivale normalmente a disposición de la misma; supone, pues, su apropiación. Pero además quien utiliza la cosa percibe su provecho y debe, por tanto, correr con su riesgo. Si la cosa depositada está en todo momento a disposición del deponente, poco importa que sea fungible, ni que se mezcle con otras, si los deponentes son varios, siempre que el depositario no tenga facultad de utilización. Si se siguiera la solución contraria se dificultarían gravemente actividades muy cuantiosas de la industria y del comercio. Ya hemos visto que era opuesto al texto legal y que sería inicuo en el orden económico que quien sólo pone su trabajo o industria en una elaboración hubiera de responder de la pérdida por fuerza mayor del material aportado por el dueño. No menos inicuo sería que en almacenes de depósito de granos, aceites o alcohol, donde se mezclan los de diversos dueños, el depositario respondiera de las pérdidas por fuerza mayor. Sólo debería responder si el contrato lo previera así o si le autorizara a disponer de las mercancías o si resultare que de hecho traficaba con ellas. Entonces habría una figura de depósito irregular, conforme a la posibilidad que diseña el artículo 309 del Código de Comercio. Pero el hecho de que se confundan o mezclen las partidas de distintos titulares hace simplemente que nos encontremos ante un depósito colectivo, global o conjunto, que, no por eso, pierde su carácter de depósito regular.

Finalmente, en el caso que examinamos existía una cláusula contractual, consignada en los vales de aceite, que declaraba que el depositario no respondía de pérdidas por fuerza mayor.

A la luz de los criterios jurídicos expuestos, se comprende que esa cláusula no es más que una manifestación explícita de algo que es conforme a los preceptos legales aplicables a la relación contraída y conforme también a su naturaleza jurídica.

La sentencia de primera instancia rechazó la validez de la cláusula con dos argumentos especiosos. El primero, que el contrato era de fabricación y no de depósito y que el nombre que las partes dieron a la relación no importaba. Ya hemos visto que ni como fabricantes ni como depositarios, tenían que responder del riesgo, y que el juez incurrió en error al creer lo contrario. Ni el arrendamiento de obra, ni el depósito, ni el alquiler de vasijas obligan a responder de fuerza mayor. Cierto, importa poco el nombre que las partes den a la relación que contraen, pero es la naturaleza

de la relación la que exime de esa responsabilidad. Y la cláusula expresa (autorizada por el artículo 1.255 del Código civil) no consistía en dar un nombre u otro a la relación, sino en expresar claramente los límites de una responsabilidad.

El segundo argumento con que la sentencia de primera instancia rechazó la cláusula, más bien debió confirmarle su validez. Resulta que esa cláusula estaba impresa. Que figuraba en todos los vales. Que idénticas o análogas las había en otras fábricas de la región. Mas esto significa que la cláusula, no solamente era conforme a la ley y a la naturaleza del contrato, sino que también era conforme al uso (art. 1.258 del Código civil). Más aún, es una cláusula que si no hubiera estado expresa habría valido como implícita, conforme al artículo 1.105 del Código civil. Finalmente, cláusula con viejo abolengo en nuestro Derecho histórico: Partida 5.^a, Ley 25.

La sentencia del Juzgado de Primera instancia que condenó a los fabricantes depositarios a la indemnización del precio del aceite fué confirmada por la Audiencia con un Considerando único, del siguiente tenor:

"Que se trata de obligación genérica y que al supuesto de autos son exactamente de aplicar los principios en que, partiendo de análogas bases de hecho, se inspira y que tan elevadamente desarrolla la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944."

No dijo más la sentencia de Segunda instancia. Ni examinó los problemas específicos de la relación contractual, ni el de la validez de la cláusula que eximía expresamente a los fabricantes de responsabilidad por fuerza mayor.

Por ese motivo hemos tenido que recoger y analizar los puntos de vista de la sentencia de Primera instancia sobre esos extremos, como en su día lo había de hacer el Supremo. El cual casó y anuló la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra por la cual absolió a los demandados de la reclamación del aceite o su valor; fundando su resolución en Considerandos cuya parte esencial reproducimos para coronar con ellos la presente nota:

CONSIDERANDOS.—Primero. Que es indiferente, a los efectos de este recurso, detenerse a examinar si el contrato celebrado entre las partes sobre molienda de aceituna y guarda del aceite producido es el contrato especial de fabricación o transformación que dice la sentencia del Juzgado, o el de tipo más general de arrendamiento de obra que pretende el motivo segundo del recurso, porque nuestro Código civil sólo los regula con este último nombre, por ser el género que comprende el de fabricación como una especie suya, y las particularidades propias de éste no influyen en la situación jurídica cuyas consecuencias se discuten en este pleito.

Segundo. Que los demandados y recurrentes o *locatores operis*, en cuya calificación han de coincidir ambas partes litigantes, si con arreglo a lo sentado en el Considerando anterior no se tienen por completamente distintos los dos tipos de contratos en que cada uno de ellos incluye al de autos, estaban obligados a conservar y entregar el aceite procedente de la molienda por efecto de una condición libre y válidamente adicionada al contrato de molturación, pues aunque los vales que servían de resguardo de su derecho a los aceituneros no son suficientemente expresivos sobre el origen del aceite, han reconocido las partes que aquél no tenía más que esa procedencia, y, por tanto, la obligación de los molineros no era devolver una cosa genérica, como lo demuestra que los cosecheros no se conformarían con la devolución de un saldo que por ser de distinta procedencia

tuviera otras calidades, aunque éstas no se expresan en esos vales, sino un aceite específico, si bien no estuviera concretado por la práctica constante de mezclar el de todos los que llevaban su aceituna a la misma almazara, cuya mezcla no constituía un depósito irregular porque no facultaba al depositario para su uso, ni permuto ni cambio de propiedad, que seguía atribuida a cada uno de los propietarios, y así lo revela el pago por éstos de una cantidad por depósito, custodia o almacenaje, y por lo mismo era para ellos el riesgo que corría el producto, a no ser que faltara la diligencia que exige el artículo 1.094 del Código civil; la que no consta que aquí se omitiera por el encargado de la guarda y custodia, y si la pérdida de parte de lo depositado podía suscitar dudas sobre el propietario que había de sufrirla, tales dudas no caben cuando se ha perdido totalmente el aceite que hubo en la almazara de autos por las contingencias de la guerra y las disposiciones de las autoridades para regular el abastecimiento antes de volver a hacerse cargo de su industria los recurrentes, y al no estimarlo así la Sala sentenciadora, comete la infracción que denuncia el motivo primero del recurso.

Tercero. Que no es de aplicación al presente caso la doctrina de la sentencia invocada de 13 de junio de 1944, porque en el de ésta se trataba de una compraventa de aceite que por no estar éste determinado, era cosa genérica, y ni siquiera estaba particularizado en el contrato por su localización, pues la mención del sitio de la facturación nada determina sobre el lugar de procedencia de la mercancía, y si el vendedor dió allí, por sí y sin previo acuerdo sobre este extremo con el comprador, orden a una sucursal de que reservase sus existencias para el contrato, este acto unilateral y de régimen interior del negocio de una de las partes no es la individualización por ambas del objeto del contrato, muy al contrario del caso actual, en que ese objeto estaba completamente concretado por los vales en relación con la práctica constante de que siguiera en depósito en el molino el aceite obtenido en él, y sólo esto.

Cuarto. Que además de las normas generales de los artículos 1.105 y 1.182 del Código civil, fundamento de la afirmación del Considerando segundo de esta sentencia, de que el riesgo que corría el aceite depositado era de cuenta de los propietarios, constaba en los vales, según afirman los demandados, sin contradicción por la parte contraria, por pacto libre y válidamente establecido por los contratantes, en uso de las facultades concedidas por el artículo 1.255 del Código civil, que el depositario no respondía de pérdidas por incendio, robo o fuerza mayor, como es la que determinó que la fábrica no tuviera existencias al reintegrarse a ella los recurrentes, y cuyo pacto, que debe observarse con el rigor que establece el artículo 1.091 del Código civil, exime totalmente a los demandados del cumplimiento de las obligaciones que se les reclama en este pleito, como se alega en el motivo tercero del recurso.

Alfonso GARCIA VALDECASAS
Catedrático de la Universidad y Abogado del I. C. de Madrid.

III. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias de la sala primera

A cargo de A. Vázquez Sáenz de Hermúa, Abogado del I. C. de Madrid, con la colaboración de José M. Codina Carreira, Prof. A. de la U. Central, y Joaquín Escosa San José, Abogado del I. C. de Madrid.

SENTENCIA 13 FEBRERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: sanación de defecto en la citación.

La circunstancia de darse por citado en acto de conciliación para el juicio sin formular protesta y la comparecencia en éste del Procurador, habiéndose practicado aquéllas en el punto de vecindad expresado por el demandado en su primera comparecencia no constituyen motivo para el recurso de injusticia por quebrantamiento de las formalidades del juicio.

AUTO 17 FERRERO 1948

Procesal—casación—en ejecución de sentencia—desestimación: por no estar comprendido en los supuestos en que es admisible.

Es regla general la que declara la improcedencia del recurso de casación en ejecución de sentencias si no se motiva en alguna de las dos excepciones que contiene el artículo 1.895 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

AUTO 19 FEBRERO 1948

Procesal—casación: resoluciones recurribles¹.

SENTENCIA 19 FEBRERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—procesal—juicio de desahucio: cuestiones objeto de examen.

Según reiterada jurisprudencia, cuando existen en el contrato de arrendamiento otros pactos que trascienden de la mera cesión del goce de la finca mediante el abono de una renta por cierto tiempo, es imposible legalmente

1. No contiene su Considerando doctrina alguna.

que ellos queden resueltos en un juicio de la naturaleza sumaria del de desahucio, y por ello han de ser reservados al juicio declarativo correspondiente.

SENTENCIA 25 FEBRERO 1948

Mercantil—compraventa—saneamiento¹.

SENTENCIA 26 FEBRERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos: supuesto en que no hay contrato.

No tiene valor ni carácter de contrato un oficio del Presidente de la Comisión de Viviendas de Eibar del año 1937, por el que se autoriza, en razón de las dificultades surgidas de una situación anormal, para ocupar un piso de determinada finca.

SENTENCIA 1 MARZO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivo: error de derecho.

Es ineficaz la alegación del error de derecho, si no se señala el precepto regulador de los medios de prueba que resulta infringido.

Procesal—casación—infracción de ley: cuáles normas no tienen este carácter.

Según reiterada doctrina, las normas de carácter procesal no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley, y entre aquéllas se cuenta el artículo 577 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por causas de inadmisión.

Las causas de inadmisión son pertinentes para desestimarla al resolver en el fondo.

SENTENCIA 2 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—arrendamiento de solar.

El arrendamiento de un solar se rige por la legislación común.

ANTECEDENTES.—Arrendado un solar para el comercio de maderas, y determinándose en el contrato que en el mismo existían un cubierto de

1. Los Considerandos no contienen doctrina por limitarse a la simple aplicación de preceptos legales.

madera y un cuarto despacho levantado por el arrendatario, que deberá retirar al terminar el contrato, se formuló demanda de desahucio por expiración del término del contrato. El Juzgado y la Audiencia Territorial dieron lugar al desahucio, formalizándose recurso de casación por infracción de ley, en el que se alegaba que la legislación aplicable era la del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el Decreto de 21 de enero de 1936.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el primer motivo del recurso se apoya en el supuesto de que la finca objeto del presente juicio de desahucio es una finca urbana, apreciación que no tiene base legal ni se ajusta al texto del contrato de arrendamiento celebrado por los litigantes en 20 de junio de 1917, donde consta que el objeto fué un solar.

Segundo. Que los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, invocados en el mismo motivo como infringidos en varias de sus disposiciones por la Sala sentenciadora, se refieren solamente a arrendamientos de locales y a relaciones entre inquilinos y propietarios, sin hacer objeto de su especial protección a los arrendatarios de solares, los cuales no pueden ser llamados inquilinos, palabra que designa a los arrendatarios de una casa o parte de ella, ni pueden entrar en el concepto de arrendatarios de locales, cuando la relación arrendaticia no se ha establecido sobre ningún género de construcciones, sino sobre una superficie apta para construir sobre ella, por lo que dichos preceptos han de tenerse inaplicables al caso presente.

Tercero. Que si bien el demandado con anterioridad al citado documento privado de 1917 había levantado un cubierto de madera y construido un cuarto despacho que ha venido utilizando durante largo tiempo, ni uno ni otro han sido objeto de arrendamiento, antes bien, quedan excluidos de la relación arrendaticia por el referido contrato, en el que, además de constar que lo que se arrienda es un solar, se expresa que el cubierto de madera y las construcciones en forma de cuarto despacho son de propiedad del arrendatario, quien deberá retirar ambas cosas sin derecho a indemnización, una vez terminado el contrato, y es evidente que si el arrendatario del solar es propietario de tales obras no puede ser a la vez arrendatario de ellas, ni el deber de retirarlas para sí puede conciliarse con el de devolver la finca arrendada que impone el artículo 1.561 del Código civil.

Cuarto. Que por las razones expuestas no podía el Juzgador de instancia fundar en ninguna razón legal el pretendido derecho de indemnización, al que, por otra parte, se renunció, en el caso de que existiera, en el repetido contrato.

Quinto. Que en el segundo motivo del recurso se acusa error de hecho y de derecho en la sentencia recurrida, tomando como base tal alegación el repetido contrato privado de 20 de junio de 1917, sin que tal error se demuestre, pues la Sala sentenciadora no ha desconocido ni contradicho el contenido de ese documento, antes bien, en él apoya los fundamentos de su fallo al entender por su texto que la relación arrendaticia quedó limitada al solar, sin extensión posible a lo que allí se declara ser propiedad del demandado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 MARZO 1948

Civil—obligaciones—extinción: su pérdida de la cosa debida.

No se infringe el artículo 1.184 del Código civil—relativo al caso de que la prestación resultare legal o físicamente imposible—por hallarse intervenido en la actualidad el género vendido, pues el fallo se limita a declarar, conforme a lo solicitado, que existe un contrato de compraventa de aceite refinado y que se halla pendiente de cumplimiento.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: interpretación de contrato.

La trascendencia del término de un contrato, como elemento esencial o no del mismo, es un problema de interpretación que requiere en casación la alegación de precepto sobre interpretación que aparezca infringido en la sentencia, o la impugnación al amparo del número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley Procesal de los elementos de hecho que pudieran haber constituido un fundamento del criterio interpretativo.

SENTENCIA 4 MARZO 1948¹

Civil—arrendamientos urbanos—renta—revisión—por no declaración a la Hacienda.

La retroactividad establecida en la disposición transitoria 12 no desvirtúa lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos urbanos, porque este artículo y las disposiciones cuyo contenido recogió se inspiran en el interés de la Hacienda pública de conseguir una justa distribución del tributo y de evitar defraudaciones, y por eso sanciona a los propulsores obligándoles a limitar sus rentas a las que hubieren declarado en las relaciones presentadas a la Hacienda.

SENTENCIA 5 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—retraso en el ejercicio de derechos: no implican su renuncia.

Es notorio que el retraso en el ejercicio de un derecho no implica su renuncia, mientras no transcurra el tiempo preciso para que se produzca la prescripción.

ANTECEDENTES.—Presentada ante el Juzgado de Primera Instancia, al amparo de la legislación especial de Alquileres, en el año 1946, por varios arrendatarios de locales de negocio demanda sobre revisión de rentas para que se dejaran sin efecto los aumentos llevados a cabo por el propietario

1. La doctrina que regemos refleja el contenido de la sentencia, por lo que no se publican sus antecedentes ni Considerandos.

por un supuesto expediente de comprobación realizado por la Hacienda y por repercutir los aumentos de contribución establecidos en la Ley de Bases de Régimen Local. Reconvino el propietario, alegando en otros extremos que en los contratos se había establecido que al año y medio se aumentaría la renta, sin que hasta la fecha hubiera ejercido ese derecho que ahora reclamaba. Contra la sentencia recurrieron ambas partes, siendo de destacar únicamente la doctrina antes expuesta, que se recoge literalmente del segundo considerando de la sentencia.

SENTENCIA 6 MARZO 1948

Procesal—prueba—peritos: valor del dictamen.

El dictamen pericial no es más que un elemento de juicio del juzgador, al que no tiene que sujetarse totalmente.

SENTENCIA 8 MARZO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias—adaptación de las normas procesales.

Conforme con la disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos urbanos, no es posible retrotraer el curso de los autos, sino continuar la tramitación en el estado en que se hallasen al promulgarse la Ley, acomodándola a las normas adjetivas del capítulo XII.

SENTENCIA 8 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—tiempo de duración—prórroga: su naturaleza.

Desde la vigencia de las disposiciones especiales de arrendamiento, la prórroga del plazo pactado sólo puede entenderse producida por la voluntad exclusiva del arrendatario.

Civil—arrendamientos urbanos—retroactividad del capítulo VIII.

Los requisitos del artículo 90 de la Ley de Arrendamientos urbanos, como excepción a la prórroga por necesitar la vivienda o local el arrendador, no tienen aplicación retroactiva por no tenerla el capítulo XI, según determina la disposición transitoria 13 y estar incluido en dicho capítulo el artículo 149, que en su número 10 considera como causa de resolución las comprendidas en el capítulo VIII, dentro del cual se encuentra el citado artículo 90.

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—excepciones a la prórroga: necesidad de ocupar el local.

Debe entenderse como necesario, no lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino como opuesto a lo superfluo y, en grado superior, a lo conveniente para conseguir un fin útil.

ANTECEDENTES.—La Compañía Telefónica inició desahucio el año 1946 contra los arrendatarios de una finca de su propiedad de la calle de Fontanella, número 4, de Barcelona, previo ofrecimiento en acto de conciliación de la indemnización de la renta de un año, por necesitarla para el aumento de su red.

Dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, declarando haber lugar a la demanda, y apelada ésta, fué acomodada a las normas procesales de la vigente Ley de Arrendamientos, formalizándose recurso por injusticia notoria, a cuyas causas se alude en los considerandos de interés que exponemos, sin que se declarara haber lugar a él.

CONSIDERANDOS.—

Noveno. Que la prórroga del plazo pactado para el arrendamiento no puede producirse a la vez por dos causas incompatibles entre sí, que supone la prórroga por tiempo determinado, por el concurso de las voluntades, no expresas, de arrendador y arrendatario, y la prórroga legal a voluntad exclusiva de éste y forzosa para aquél, por tiempo indefinido, pues de admitirse la coexistencia de ambas causas, se llegaría a la conclusión, contraria a la justicia, de que aprovechándose el arrendatario de las ventajas que le proporcionase la tácita reconducción, podría dar por terminado, sin responsabilidad, el arrendamiento sin transcurrir el tiempo de prórroga, es decir, que el plazo de ésta sería a la vez, para el arrendador, voluntario por la tácita reconducción, y forzoso, por la prórroga legal, y para el arrendatario, de obligada observancia por aquélla, y de voluntaria resolución por el privilegio legal, lo que es absurdo, y así, desde la vigencia de las disposiciones especiales de arrendamientos, la prórroga del plazo pactado sólo puede entenderse producida por la voluntad exclusiva del arrendatario, en virtud del derecho irrenunciable concedido por aquéllas, con lo que le falta el fundamento del cuarto motivo del recurso, inestimable por el mismo.

Décimo. Que la sentencia recurrida dictada antes de la promulgación de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos no pudo infringir el artículo 90 de esta Ley, de cuyo efecto retroactivo están excluidas, por disposición expresa de la transitoria 13, las prescripciones del capítulo XI, en el que se regulan las causas de resolución del contrato, entre ellas la de no haber lugar a su prórroga forzosa, "según lo establecido en el capítulo VIII", en el que está comprendido el citado artículo 90, y, claro es, que si las prescripciones relativas a las causas de resolución no pueden aplicarse para decidir las cuestiones promovidas en el ejercicio de una acción resolutoria, resultaría contradictorio exigir para determinar la existencia de la causa que da lugar a esa acción los requisitos que posteriormente a su ejercicio se han establecido para la procedencia de causas a

las cuales la Ley excluye expresamente de efectos retroactivos, lo que impone la desestimación del recurso por su motivo 5.^o

.....
Duodécimo. Que los hechos que se estiman probados en la sentencia recurrida, como son el aumento actual y previsible como próximo del servicio interurbano, que exige la unidad fundamental de la red telefónica; la saturación de la central instalada en el número 2 de la calle de Fontanella; el mayor número de abonados y servicios superiores a los aconsejables técnicamente, y la falta de solución aceptable, técnicamente para no desarticular la red de cables, y porque otra sería más costosa, difícil y de mayor perturbación pública, si no es la de extender la planta actual de la central de Fontanella, 2, al edificio inmediato, señalado con el número 4 de la misma calle, que es el objeto del desahucio, son bastantes para determinar la necesidad alegada como causa de éste, entendiendo por necesario, no lo forzoso, obligado o impuesto por causas ineludibles, sino como opuesto a lo superfluo y, en grado superior, a lo conveniente para conseguir un fin útil.

SENTENCIA 12 MARZO 1948

Civil—foral—Cataluña—donación y heredamiento universal¹.

SENTENCIA 12 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias: subarriendo².

SENTENCIA 12 MARZO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma.

Para que pueda prosperar el recurso a que se refiere el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos urbanos, es necesario que el quebrantamiento sea de formalidades “esenciales” y que no se consienta la presunta infracción alegada.

SENTENCIA 15 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada: cesión.

La transmisión del goce y uso del local arrendado por una sociedad de responsabilidad limitada a otra y de ésta a una tercera, es una cesión no autorizada legalmente y que no obliga al arrendador, según el artículo 9.^o del Decreto de 21 de enero de 1936.

1. Por ajustarse la sentencia a la aplicación estricta del Derecho y Jurisprudencia, no contiene doctrina que pueda resumirse.

2. La sentencia, por limitarse en sus Considerandos a reproducir el contenido de la disposición transitoria 2.^a, no contiene doctrina.

SENTENCIA 17 MARZO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias: adaptación a las normas procesales.

La disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos urbanos no permite la anulación de las actuaciones anteriores, sino que ordena la acomodación al procedimiento de la nueva Ley, lo que implica la validez de los procedimientos anteriores, puesto que lo nulo no puede acomodarse, y que carece de todo efecto.

Civil—arrendamientos urbanos—irretroactividad del capítulo VIII.

No pueden aplicarse con efecto retroactivo los artículos 76 y 90 al 98 de la nueva Ley, porque tales artículos, referentes a las excepciones de la prórroga obligatoria del arrendamiento requieren como base de su aplicación el ejercicio de la acción resolutoria del contrato por la causa 10.^a del artículo 143 de la citada Ley, y precisamente este artículo está incluido en el capítulo XI, a cuyas prescripciones niega efecto retroactivo la transitoria 13 de la misma Ley.

SENTENCIA 18 MARZO 1948¹

Civil—arrendamientos urbanos—derecho derogado—renta—revisión: por no declaración a la Hacienda.

El artículo 12 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, clara y explícitamente, otorga a los inquilinos el derecho a limitar su alquiler, por todos los conceptos, a la cifra figurada en el estado de los productos de la finca, por lo que es obvio que en tal circunstancia la novación del contrato establecida por la Ley es una sanción civil, de observancia inexcusable, por lo mismo que va encaminada a velar por el exacto cumplimiento de los preceptos fiscales.

SENTENCIA 18 MARZO 1948

Procesal—recurso de revisión: carácter extraordinario.

Como declaró esta Sala en sus sentencias de 25 de abril y 12 de julio de 1940, la índole extraordinaria del recurso de revisión impone una regulación restrictiva, por obra de la cual el principio casi absoluto de irrevocabilidad del fallo que tenga carácter de firme sólo cede ante la justificación cumplida de darse alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

1. No incluimos antecedentes ni considerando por aparecer recogida la cuestión debatida en la doctrina que se recoge.

SENTENCIA 23 MARZO 1948

Procesal—tercería de dominio¹.

SENTENCIA 24 MARZO 1948

Procesal—sentencias: incongruencia.

La razón de dar debe guardar equitativa correspondencia con la razón de pedir, y el juzgador carece de facultades para proceder de oficio estimando acciones o excepciones que las partes litigantes no han querido someter a su decisión.

ANTECEDENTES.—El demandante reclamaba una indemnización por la ocupación por el ganado de los demandados, en tiempo de nuestra guerra de liberación. Los demandados se opusieron, alegando que el actor no tenía la posesión, por tener arrendados los pastos a ganadero de Segovia, y que si habían entrado sus ganados era porque así se lo impusieron los directivos rojos, habiendo tenido que abandonar otros pastos suyos.

El Juzgado y la Audiencia dieron lugar a la demanda, formalizándose casación por ambas partes, en la que niegan, como habían hecho en la instancia, la existencia de vínculo contractual entre ellos.

El Tribunal Supremo da lugar a la casación promovida por el actor, de cuya sentencia recogemos los siguientes

CONSIDERANDOS.—Primero. Que es un evidente principio procesal, lógicamente deducido de la condición rogada de la jurisprudencia civil y proclamado con reiteración por la doctrina de esta Sala en su interpretación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que debe existir sustancial concordancia entre las peticiones de las partes litigantes y los pronunciamientos del fallo, es decir, pleno acorde respecto de las personas, objeto de acciones intervenientes en el pleito, señalándose, en cuanto a estas últimas, una de las más interesantes facetas de la incongruencia, que es la discrepancia entre lo resuelto y lo que ha sido objeto del debate, porque si el fallo ha de pronunciarse con arreglo al conocido principio *justa allegata et probata*, es indudable que la razón de dar debe guardar equitativa correspondencia con la razón de pedir, y el juzgador carece de facultades para proceder de oficio, estimando acciones o excepciones que las partes litigantes no han querido someter a su decisión, pues si bien le está permitido en ciertos casos dar conformación jurídica a los hechos que se someten a su juicio para aplicar a ellos la norma de ley que considere procedente (*fura novis curia*), no le es lícito cuando ambos litigantes expresamente rechazan que los hechos sometidos a discusión revistan determinado carácter obligacional, conformar los tales hechos en la figura jurídica negada por ambas partes y sobre aquella construcción no controvertida dictar su resolución, que ciertamente ha de resultar viciada de incongruencia por la palmaria desviación con que el juzgador actúa sobre

1. De los Considerandos de la sentencia no se puede deducir doctrina.

la condición real de los hechos objeto del pleito, conforme la voluntad de las partes, quiso someterlos a su jurisdicción.

Segundo. Que sentado el principio que antecede y conformidad con sus fundamentos, no cabe duda que la Sala de instancia, al dictar la sentencia actualmente recurrida, ha incurrido en notoria incongruencia, por cuanto lo mismo el actor en su demanda y réplica que los demandados en sus escrito de contestación y dúplica, niegan expresamente que exista entre ambos vínculo alguno jurídico de carácter contractual por declarada ausencia del esencial elemento de convención de voluntades, y en virtud de esta coincidente negativa no se produjo en el pleito probanza ninguna acerca de tal extremo, no obstante todo lo cual, el Tribunal *a quo* configuró los hechos alegados encuadrándolos en el marco de un ligamen arrendaticio entre las partes con la presunción de una voluntad de las mismas manifestada a posteriori, procediendo a dictar su fallo en consecuencia, y esta conducta implica una manifiesta infracción del artículo 359 de la Ley rituaría civil, ya que las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el pleito no han sido acogidas en la sentencia en el sentido y forma en que aquéllos las plantearon, procediendo en méritos de ello la estimación del primer motivo del recurso formulado por los demandados al amparo del número 2.^º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, resultando, en virtud de esta estimación implícita también la de los motivos 2.^º, 3.^º, 4.^º y 5.^º del mismo recurso, dedicados a impugnar la referida declaración de existencia de contrato de arrendamiento hecha por la Sala de instancia y las consecuencias de tal declaración.

SENTENCIA 31 MARZO 1948

Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: denegación de diligencias de prueba.

La denegación de documentos, como medio de prueba, que sean inútiles o impertinentes, no constituye el motivo de casación a que se refiere el número 5.^º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 31 MARZO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: no pueden fundarse en los bandos de los Gobernadores civiles.

Según reiterada jurisprudencia, no pueden ser base del recurso de casación los bandos de los Gobernadores civiles, distintos a los dictados por las autoridades militares de un Ejército de ocupación, que responden a necesidades urgentes de las circunstancias.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: doctrina legal.

La doctrina de una sola sentencia no constituye jurisprudencia, a los efectos del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: doctrina legal.

No puede basarse un recurso de casación en la segunda sentencia, dictada a continuación de la que resuelve aquél.

ANTECEDENTES.—Don Luis Mitjáns Albanés arrendó a D. Manuel Rodríguez Arias unos locales en el número 9 de la Avenida hoy llamada de José Antonio por contratos de 1.^º de octubre de 1925 y 1.^º de enero de 1926, instalando el arrendatario en dichos pisos una industria de huéspedes. Durante el Alzamiento Nacional la casa sufrió los efectos de la aviación y la artillería, quedando casi totalmente destruida, por lo que los arrendatarios se vieron obligados a abandonar los pisos. Liberado Madrid, se dictó en 13 de mayo de 1939 un bando por el Gobernador civil de la provincia, en el cual se fijaban normas para la recuperación de locales y viviendas abandonados durante la guerra, y juzgando el Sr. Mitjáns que los antiguos arrendatarios de dichos pisos no habían solicitado que se les reintegrase en la posesión, arrendó bastante tiempo después de la publicación del bando en cuestión los repetidos cuartos a otras personas, por lo que los herederos del Sr. Rodríguez le demandaron solicitando les reintegrase a los mismos.

Se opuso el demandado fundamentalmente por las razones expuestas, y el Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 2 dictó sentencia por la que declaraba que solamente la viuda del arrendatario tenía acción para demandar y derecho a que el demandado ponga a su disposición, como viuda y heredera del arrendatario, los cuartos a que se refería, cuyos contratos estaban vigentes, y que no procedía hacer declaración sobre la validez de los nuevamente otorgados. Condenaba a que estuviesen las partes a estas declaraciones, sin imposición de costas. La Audiencia confirmó este fallo, y el demandado formalizó recurso de casación por infracción de ley por los siguientes

MOTIVOS.—Fundado en el número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Primero. Aplicación indebida e interpretación errónea del Decreto de 21 de enero de 1936, en su artículo 8.^º; Ley de 9 de junio de 1939, y Orden de 4 de diciembre de 1939, en relación con el bando del Gobernador civil de la provincia de Madrid de 13 de mayo del mismo año.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que no puede admitirse el fundamento que alega el recurrente de su primer motivo de casación de que no sea aplicable al caso presente, como hace la sentencia recurrida, el artículo 8.^º del Decreto de 21 de enero de 1936, por la sola razón de que fuera dictado cuando no eran previsibles los acontecimientos de 1936, pues en buenos principios de ordenación legislativa al dictarse una disposición legal se hace para todas las situaciones futuras en que se den los supuestos de la disposición, que en la citada es la necesidad de realizar obras, sin distinguir la causa de ello, y en todo caso, y a falta de otra disposición que concretamente regule la situación jurídica, sería aplicable por analogía la mencionada.

Segundo. Que no puede interpretarse el artículo 1.^º de la Ley de 9 de junio de 1939 en el sentido de estar excluido de sus disposiciones los contratos formalizados con anterioridad al 17 de junio de 1936, como lo hace el recurrente para justificar su segundo motivo, abiertamente en contra del espíritu revelado en todo el articulado de esa Ley y de la letra de

su artículo 1.^º, que con toda claridad dispone la aplicación de esos preceptos a los contratos de arrendamientos urbanos que estuvieran vigentes en la época y zona rojas y los términos concluyentes del último párrafo de su artículo 4.^º, que declara la subsistencia de los contratos cuando el arrendatario hubiera tenido que separarse de su vivienda por riesgo personal o destrucción que la hiciera inhabitable, como viene a reconocer para la de autos el Considerando 9.^º de la sentencia recurrida.

Tercero. Que el tercer motivo de casación, por estar fundado en la infracción del bando del Gobernador civil de Madrid de 13 de abril de 1939 y Orden de 4 de diciembre del mismo año del Ministerio de la Gobernación, sobre facultades de los Gobernadores civiles, no puede ser estimado, pues reiteradamente viene declarando la jurisprudencia desde los autos de 17 de diciembre de 1895 y 3 de mayo de 1923 que no pueden ser base del recurso de casación las disposiciones de ese género, y, sentado, es improcedente entrar a examinar cuanto al momento de la derogación de aquel bando por la Ley de 9 de junio de 1939 alega el motivo cuarto del recurso.

Cuarto. Que el quinto y último motivo de este recurso se basa únicamente en la doctrina de la sentencia de 31 de diciembre de 1942, que no puede ser fundamento para la casación por la doble razón de carácter general de que la doctrina de una sola sentencia no constituye jurisprudencia a los efectos del número 1.^º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y de que esa invocada no resuelve un recurso de casación, sino que es la segunda sentencia dictada a continuación de la de casación, y además por la razón propia de este caso de tratarse en aquél de la aplicación de disposiciones dictadas por las autoridades de ocupación, que responderían a necesidades urgentes de las circunstancias, a diferencia del caso de autos, en que se trata de un bando dictado después de terminada la guerra por una autoridad gubernativa de carácter ordinario sobre materia regulada por Leyes anteriores y que fué objeto más concreto de otra Ley publicada veintitrés días después de ese bando.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: infracción: propiamente dicha.

La impugnación de la valoración jurídica de un poder en casación ha de hacerse por la vía del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y no por el número 7.^º

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de derecho en la apreciación de la prueba.

La falta de cita de precepto valorativo de la prueba es causa de desestimación del recurso promovido por error de derecho en la apreciación de

1. Los Considerandos no contienen doctrina de la sentencia.

la prueba, al amparo del número 7.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—desestimación: por no expresar el concepto de la infracción.

La omisión de expresar concretamente, como exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el concepto en que se supone infringidos los artículos de las Leyes sustantivas que se citan, porque la enunciación que se inserta al comienzo de cada motivo de "violación, interpretación errónea y aplicación indebida de Leyes y doctrina legal", es una rúbrica general enunciadora de los modos de infracción corregibles en casación, pero no señala cuál es aplicable, en su caso, a cada precepto citado, origina la desestimación por incurrir en causa de inadmisión.

SENTENCIA 6 ABRIL 1948

Civil—servidumbres de aguas: acción confesoria¹.

SENTENCIA 8 ABRIL 1948

Procesal—sentencias: congruencia.

Como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 3 de julio de 1946, el principio de congruencia exige que entre el fallo y las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito se den las debidas adecuación y conformidad, no sólo sobre el derecho fundamentalmente controvertido y la cosa objeto de contienda, sino también sobre el modo como se pidió y excepcionó, de tal suerte que aquella correlación impide tanto la desviación de la modalidad, alcance o medida de lo solicitado, como la alteración de los términos en que fué planteada la contienda.

Obligaciones—pago: hecho por un tercero.

Si bien para reclamar el pago hecho en nombre de un tercero admite nuestro Código civil la acción de "in rem verso" con mayor amplitud que los Códigos de otros países, falta el supuesto del precepto contenido en el artículo 1.158, cuando el actor no pagó en nombre ni por cuenta ajenos.

ANTECEDENTES.—En el año 1937, durante el dominio marxista, los demandantes, comerciantes en Bilbao, adquirieron diversas mercancías en Bilbao, cuyo pago realizaron a través de determinado Banco. Las mercancías no fueron recibidas por los compradores, sino que fueron a parar a otra Entidad que también tenía relaciones comerciales con los vendedores. Reclamada en la demanda dicha mercancía, y en su defecto 43.969 pesetas, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, y la Audiencia la revocó, dando lugar a ella. Formalizado recurso de casación apoyado en que la Audiencia se había basado en el artículo 1.158 del Código

1. Los Considerandos no contienen doctrina de la sentencia.

civil, cuando los demandantes pedían la restitución de la mercancía por estimar que era de su propiedad.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso, en base de los siguientes

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, como declaró esta Sala en su sentencia de 3 de julio de 1946, el principio de la congruencia exige que entre el fallo y las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito se den las debidas adecuación y conformidad, no sólo sobre el derecho fundamentalmente controvertido y la cosa objeto de contienda, sino también sobre el modo como se pidió y excepcionó, de tal suerte que aquella correlación impide tanto la desviación en la modalidad, alcance o medida de lo solicitado, como la alteración de los términos en que fué planteada la contienda; y sobre la base de esta doctrina es de advertir, con relación al caso presente, que formulada en la demanda como petición principal la de entrega o restitución de unas mercancías que los actores afirman pertenecerles y solicitada subsidiariamente, para el caso de que la demandada hubiese dispuesto de las mismas, que se la condenase al pago de su importe, la Sala sentenciadora, frente a tales peticiones, y después de declarar que las mercancías pertenecen a la Entidad demandada, condena, no obstante, a ésta al abono de una cantidad, fundándose en que los actores habían satisfecho el importe de aquéllas por cuenta de la repetida demandada, de donde aparece que la sentencia altera sustancialmente los términos de planteamiento de la cuestión, puesto que ni los actores alegaron haber pagado cantidades por cuenta de la demandada ni la condena al abono del importe de las mercancías, solicitada subsidiariamente en la demanda, se instó tampoco a título de reembolso dimanante de un pago en que concurriese la expresada circunstancia.

Segundo. Independientemente de la incongruencia apuntada, que el artículo 1.158, apartado 2.º, del Código civil en que el Tribunal de instancia se apoya, no puede servir de fundamento al fallo condenatorio en la presente cuestión litigiosa, porque, como ya declaró esta Sala en sentencia de 26 de noviembre de 1926, si bien para reclamar un pago hecho en nombre de tercero admite nuestro Código civil la acción *in rem verso* con mayor amplitud que los Códigos de otros países, falta el supuesto de aquel precepto cuando el actor no pagó en nombre ni por cuenta ajena; y como en el caso objeto de controversia los recurridos hicieron los pagos en nombre y por cuenta propios, según claramente aparece en la demanda, resulta manifiesto que la sentencia de instancia aplica indebidamente el citado artículo 1.158, apartado segundo, del Código civil.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 9 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de las pruebas.

La capacidad del testador es mera cuestión de hecho sometida exclusivamente a la competencia de la Sala sentenciadora, a cuya apreciación ha

de estarse, sin que en casación quepa otra impugnación que la del núm. 7.^º y no la del 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no citar el concepto en que la ley ha sido infringida.

El no expresar el concepto en que la infracción de ley se ha producido, ocasiona la violación de lo prevenido en el artículo 1.720 de la ley rituaría.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: confusión del motivo del número 1.^º en vez del 7.^º del artículo 1.692.

La declaración del Tribunal de que la finca "se halla situada y aislada en el campo, lindando con otras tierras y caminos rurales" y, por tanto, que tiene el carácter de rural, no puede ser impugnada en casación por el núm. 1.^º del artículo 1.692, sino por medio del núm. 7.^º

SENTENCIA 12 ABRIL 1948

Procesal—competencia—justicia municipal: reclamaciones contra la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles.

Las normas establecidas para las reclamaciones ante la Junta de Detracciones no tienen aplicación para modificar la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales, por lo que a la reclamación hecha a la RENFE es de aplicar la ley de 21 de mayo de 1936, en relación con el Decreto de 24 de enero de 1947.

SENTENCIA 13 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de ley—error en la prueba: apreciación en conjunto.

Apreciada la prueba en su conjunto, resulta ineficaz para atacarla impugnar uno solo de los elementos de juicio que se ha tenido en cuenta.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por plantear cuestiones nuevas.

Las cuestiones nuevas no pueden suscitarse en casación.

SENTENCIA 15 ABRIL 1948

Civil—arrendamientos—legislación derogada—arrendamiento de Industria.

La legislación especial de alquileres no es aplicable cuando el arriendo se refiere conjuntamente al local y a la industria, con todos los elementos

necesarios para su explotación, creada por el arrendador desahuciante y explotada por el mismo con antelación a la cesión de su uso y goce temporal al arrendatario.

SENTENCIA 16 ABRIL 1948

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: compraventa mercantil.

En la compraventa mercantil se presume entregada la mercancía en donde radique el establecimiento del vendedor, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.500 del Código de Comercio.

Civil—arrendamientos—de un salto de agua—desahucio¹.

AUTO 20 ABRIL 1948

Procesal—casación: sentencia definitiva.

El auto que desestima las excepciones dilatorias de falta de personalidad y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, lejos de poner término al pleito facilitan su tramitación, haciendo desaparecer el obstáculo que su alegación representaba, y por ello no puede concedérsele el concepto de resolución definitiva, circunstancia necesaria, conforme al número 1.^º del artículo 1.689 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el núm. 3.^º del 1.729, para que el recurso de casación se admita.

SENTENCIA 20 ABRIL 1948

Civil—precario: requisitos.

Son requisitos necesarios para el éxito del desahucio en precario: la propiedad de los bienes sobre que versa; la posesión de los mismos por aquel contra el cual la dirige; que ésta la tiene sin pagar renta, merced o pensión, y que se haya practicado el requerimiento necesario para que prospere la acción.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de derecho en la apreciación de las pruebas.

No puede aceptarse el error de derecho en la apreciación de las pruebas a que se refiere el núm. 7.^º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil si no se cita precepto legal relativo a la valoración de la prueba.

1. Por ajustarse estrictamente los Considerandos a los hechos debatidos, no cabe deducir de ellos doctrina que pueda ser generalizada.

AUTO 22 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción—inadmisión: por no citar el motivo en que se basa.

Es doctrina repetida y constante que, conforme al artículo 1.720 de la ley de Enjuiciamiento civil, son inadmisibles los recursos de casación en los que se omite el número del artículo 1.692, en que se apoya.

AUTO 23 ABRIL 1948

Procesal—casación: sentencia definitiva.

El auto dictado en apelación por la Audiencia Territorial de Albacete, por el que se confirma el apelado que estimó bastante para responder como caución en el procedimiento incoado al amparo del artículo 41 de la ley Hipotecaria, la juratoria correspondiente no pone término al juicio, por lo que no tiene el carácter de resolución definitiva, según el artículo 1.690 de la ley de Enjuiciamiento civil, incurriendo, por tanto, el recurso en la causa de inadmisión señalada en el núm. 3.^º del 1.729 de la misma.

SENTENCIA 23 ABRIL 1948

Civil—prescripción extraordinaria.

Al exigir el artículo 1.959 del Código civil, como condición única para la prescripción extraordinaria, la posesión no interrumpida durante treinta años, se refiere, según se tiene reiteradamente declarado, al disfrute posesorio de los bienes, público, pacífico y no interrumpido, en concepto de dueño, porque dicho artículo ha de ser concordado con los 447 y 1.901.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por tener que mantenerse la sentencia por sus propios fundamentos.

Se ha de desestimar el recurso de casación cuando se combate lo que no es premisa del fallo, por lo que, aun en el supuesto de que la impugnación fuera acertada, la sentencia quedaría mantenida por sus propios fundamentos.

AUTO 24 ABRIL 1948

Procesal—casación: resolución definitiva.

Aunque en derecho constituyente estuviera indicado distinguir la naturaleza interlocutoria o decisoria de las resoluciones que dicten las Audiencias en incidentes que se promuevan durante la segunda instancia, a

efectos de interposición del recurso de súplica o directamente el de casación, los términos estrictos del artículo 402 de la ley de Enjuiciamiento y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta no consienten la referida distinción y exigen que para recurrir en casación contra dichas resoluciones, cuando tengan el carácter de definitivas deberá interponerse previamente el recurso de súplica.

AUTO 27 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de la ley—contra autos de las Audiencias en ejecución de sentencias.

El único cauce para interponer el recurso de casación por infracción de ley contra resoluciones de las Audiencias en el trámite de ejecución de sentencia es el del artículo 1.695 de la ley procesal y no el del núm. 1.º del artículo 1.692.

SENTENCIA 29 ABRIL 1948

Procesal—casación—quebrantamiento de forma—incompetencia de jurisdicción.

La única incompetencia de jurisdicción que da lugar a recurso de casación por quebrantamiento de forma es la que se produce por la preferencia entre Juzgados o Tribunales del mismo orden y grado, es decir, por razón de territorio, y cuando la incompetencia se produce por razón de la materia procede el de infracción de ley.

SENTENCIA 30 ABRIL 1948

Civil—arrendamientos—desahucio: de industria o negocio.

Es aplicable al arrendamiento de una industria, como unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada y que tiene su principal asiento en bienes inmuebles, la legislación común y más concretamente el artículo 1.569 del Código civil, que encauza la resolución de estos contratos de arrendamiento por la vía especial del juicio de desahucio.

ANTECEDENTES.—Planteada por el arrendador por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil demanda de desahucio por haber expirado el plazo del arrendamiento de una fábrica de harinas integrada por cuatro dependencias edificadas y maquinaria, se opuso el arrendatario, por entender que era aplicable la legislación especial, y, con ello, la prórroga forzosa, y que en el caso de que se tratara del arrendamiento de una empresa no procedía el juicio de desahucio, sino el declarativo, por que un negocio no era un inmueble, sino un derecho a efectuar determinadas operaciones y transacciones inherentes a la persona del comerciante, y en el cual la existencia de las "cosas" no constituía más que uno de los ele-

mentos indispensables para su ejercicio, declarando la sentencia de 3 de julio de 1911 que el juicio de desahucio sólo procede en los arrendamientos de inmuebles, y por exclusión no procedía en los otros arrendamientos, entre ellos, el llamado de negocios. El Jurado absolvió al arrendatario, y apelada la sentencia, la Audiencia Territorial de Barcelona la revocó, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y decretando el desahucio de la fábrica de harinas, apercibiendo de lanzamiento a la parte demandada.

Interpuesto recurso al amparo del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por aplicación indebida del artículo 1.569 del Código civil, se resuelve no haber lugar a la casación por el siguiente

CONSIDERANDO. Que los términos del contrato básico de la acción de desahucio ejercitada, no puestos en duda en este recurso, claramente ponen de manifiesto que su objeto fué el arriendo de una fábrica de harinas, constituida, entre otros elementos secundarios, por cuatro edificios con maquinaria en condiciones de funcionamiento, y este antecedente de hecho es suficiente para apreciar jurídicamente que no se trata del arrendamiento de locales que el arrendatario se propusiese utilizar para establecer en ellos su propia industria o comercio, tal como estaba previsto en el artículo 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y en el artículo 1.^º del Decreto de 21 de enero de 1936, para quedar comprendido en la legislación especial de arrendamientos urbanos, sino que se trata clarísimamente del arrendamiento de una industria como unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada y que tiene su principal asiento en bienes inmuebles, a la que es aplicable la legislación común y más concretamente el artículo 1.569 del Código civil, que encauza la resolución de estos contratos de arrendamiento por la vía especial del juicio de desahucio, según resulta de las disposiciones legales citadas, reiteradamente interpretadas por la doctrina jurisprudencial, y la confirma además el artículo 4.^º de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos, que si bien no es de estricta aplicación al caso de autos, marca una orientación interpretativa que debe servir de pauta al juzgador para llenar las lagunas y disipar las dudas que pudiera ofrecer la legislación precedente, por lo que no es admisible la tesis del único motivo del recurso en cuanto propugna sustancialmente la aplicación al caso debatido de la legislación especial de arrendamientos urbanos, y alternativamente, la de las normas del juicio declarativo ordinario para la recuperación por el arrendador de la industria arrendada, una vez expirado el término convencional fijado para la duración del contrato, y en su virtud procede la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 MAYO 1948

Civil-foral catalán—fideicomiso familiar¹

1. La sentencia, en sus Considerandos, resuelve un problema de interpretación tan referido a la cláusula testamentaria, que no es factible deducir doctrina.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut, con la colaboración de José Lois Estévez, Jerónimo López y Manuel González.

SENTENCIA 24 JUNIO 1948

Una de las cláusulas de un contrato de arrendamiento decía: "La mencionada dehesa será destinada por la entidad arrendataria a una explotación nacional, realizada en las mejores normas de secano y regadio, manifestando dicha entidad que principalmente se dedicará a criadero de fibras textiles". Habiéndose dedicado a dichas fibras sólo una pequeña parte de la finca, el arrendador promovió el desahucio. El Tribunal Supremo, confirmando el criterio del Juzgado y de la Audiencia, dice que la manifestación del arrendatario es sólo un propósito de cultivo, no una obligación contractual impuesta al mismo, y que, por tanto, la sentencia recurrida no infringe ninguna obligación contractual, y menos con injusticia notoria, como sería preciso para que pudiera prosperar la causa de revisión en que el recurso se ampara.

SENTENCIA 1 JULIO 1948

Arrendamientos—aparcería—prorrrogá tácita de la aparcería—obligaciones del aparcero: desahucio por incumplimiento.

Procesal—recurso extraordinario de revisión—elementos esenciales de forma: cita de los preceptos vigentes que lo autorizan.

CONSIDERANDO.—Que el recurso extraordinario de revisión establecido en la legislación sobre arrendamientos rústicos, al igual que su similar el de casación en materia civil, requiere como elementos esenciales de forma que si no se cumplen imponen su desestimación, la cita de los preceptos legales vigentes en el momento de su interposición y formalización que lo autoricen y amparen, y siendo los utilizados extraños a la materia del litigio, la consecuencia es que el error padecido, insubsanable de oficio, priva al recurso de los requisitos de forma indispensables para poder conocer de su fondo y debe ser desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 SEPTIEMBRE 1948

Arrendamientos—desahucio—causas: no es necesario manifestar el propósito de explotar directamente la finca cuando ello resulta de fundamentar la demanda en precepto que exige para actuar esta circunstancia base de lo accionado.

CONSIDERANDO.—Que la cuestión propuesta en los tres primeros motivos del recurso con diversas facetas, cual es la inexistencia de manifestación demandante del propósito de explotar directamente la finca, no vale al efecto ni consta demostrada según se supone; pues de ser verdad porque expresamente no constare realizada al fin legal, bastaría al demandar de desahucio con el fundamento de precepto que exige para actuar esa circunstancia base de lo accionado, y la particularidad de que ese propósito se expresare en principio en nombre de dos condueños para accionar uno después, no quita la realidad aquella ni empece a su virtualidad en pro del único dueño ejerciente que justificó aquel carácter por medios legales no desvirtuados por otros eficientes. No hay, por tanto, ni error de apreciación de pruebas ni infracción legal alguna que puedan estimarse de las enunciadas en dichos tres motivos.

Procesal—requisitos de la sentencia—congruencia: no es incongruente la sentencia que determina el desahucio, aun cuando no conste el deseo de explotación directa por el que lo insta, si este hecho se deduce del precepto que se invoca.

CONSIDERANDO.—Que la incongruencia aducida en el cuarto motivo inferida de la omisión del demandante en establecer el compromiso del cultivo directo también carece de sustancia estimatoria, porque de la petita acorde con lo dispuesto en la adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942, que figura reiteradamente citada, era consecuencia natural dicho compromiso, y al fijarlo la Sala no rebasó los límites del cauce marcado, dentro del cual estaba, no existiendo, por otra parte, infracción de dicha adicional en la forma decidida, ya que se ve en ella cumplida la particularidad interesante que obliga a supeditar el tiempo al cultivo o, mejor dicho, la explotación a que se dedique.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 SEPTIEMBRE 1948

Arrendamientos—renta: fijación en trigo.

Constituye reiterada doctrina—según sentencias 28 mayo 1945, 19 mayo 1947, 10 febrero 1948 y especialmente 18 diciembre 1947—que la norma contenida en el párrafo 1.^o, artículo 3.^o Ley 23 julio 1942, ha de cumplirse inexorablemente, por ser norma que afecta al orden público, y si así no se hiciese, el acto o contrato celebrado contraviniéndola, quedó afectado de un vicio radical de nulidad, conforme al artículo 4.^o, párrafo 1.^o Código civil, y ésta debe declararse de oficio (como ya señaló la última de las sentencias citadas), si del examen del pleito resulta claramente cometida dicha contravención.

Arrendamientos—revisión: cuestiones nuevas.

No puede estimarse como tal la declaración de nulidad del contrato en que se base la sentencia recurrida, a pesar de haber sido planteada por

la parte en los motivos de revisión, sino que por su propia naturaleza y consecuencias legales debe ser examinada y resuelta.

SENTENCIA 8 OCTUBRE 1948

Arrendamiento—fijación de la renta en dinero con posterioridad a la Ley de 23 de julio de 1942—¿da lugar a novación del contrato?—¿acarrea su nulidad?

ANTECEDENTES.—Concertada entre la propiedad de una finca—cuyos aprovechamientos lo constituyen pastos, labor, montanera y cabreril—y el arrendatario el arrendamiento de la misma, en virtud de contrato fecha 25 de noviembre de 1937, que terminaría el 30 de septiembre de 1941, por la renta anual de 5.000 pesetas, pagaderas el 30 de agosto. Llegado que fué el plazo previsto, las partes lo prorrogan por cuatro años más; antes del transcurso de este plazo, en el año 1943 elevaron la renta a 8.450 pesetas anuales, y en 1 de enero de 1945, merced a una cláusula adicionada al primitivo contrato, convinieron la vigencia del contrato hasta el 30 de septiembre de 1949, y por el precio anual de 19.000 pesetas.

La propiedad demandó al arrendatario de nulidad del citado contrato por haber pactado la renta en dinero. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Territorial revoca este fallo, declarando nulo el contrato. Contra esta sentencia el arrendatario plantea recurso de revisión por injusticia notoria basada en el

MOTIVO ÚNICO.—Amparado en la Disposición transitoria 3.^a, apartado A), norma 7.^a, causa 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940: 1.^o) por infracción de los artículos 1.204, 1.207 y 1.208 del Código civil; 2.^o) por inaplicación de la Disposición adicional 1.^a de la Ley de 23 de julio de 1942 y artículo 3.^o de la misma, así como por inaplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en referencia al punto original de la litis, eficiencia del pacto posterior al 23 de julio de 1942, que señala en numerario la renta de arrendamiento rústico, ha de mantenerse por ahora la tesis de nulidad por acto contra legem, que viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala; mas no ha de parecer ocioso en demasía, para obviar extra-limitaciones, dejar nota de que esa nulidad no debe ser escudo para obtener prebenda su principal causante, que ello implicaría aliento para quien a la realización de acto prohibido unió la deslealtad contratante, lo cual repugna a la honrada conciencia, a la moral y a la justicia inmanente. En el caso no se impugna directamente en el recurso la repetida nulidad, razón más para sustentarla; pero han de estimarse inaceptables las consecuencias que de la misma vienen obtenidas, por contrarias al criterio que se deja expuesto, aparte de las específicas razones que desautorizan aquéllas.

Segundo. Que evidente la existencia de obligaciones arrendatarias anteriores al 1.^o de enero de 1945, la contraída en esta fecha variando sus principales condiciones de precio y plazo significa novación, que al nacer eficazmente extinguía la precedente, pero si la novada claudica por motivo sustancial equivalente a su inexistencia, pues sin el nacimiento a la vida del derecho tampoco la extinción ligada a aquél podía venir a menos de

autorizar desigual posición entre las partes: en su virtud, al reputarse nula la efectuada señalando en numerario la renta, queda con vitalidad su precedente, y la contraria tesis mantenida por la sentencia recurrida incide en injusticia notoria que, acusada, ha de remediararse, porque reconocida la realidad de la novación inexistente, no puede aceptarse la consecuencia extintiva que declara.

Tercero. Que al pervivir las obligaciones consignadas en el contrato origen de 25 de noviembre de 1937, y, por razón de lo consignado, influenciado en el mismo por las Leyes de 28 de junio de 1940 y 23 de julio de 1942 se obtiene la conclusión de que vencido el arrendamiento en 30 de septiembre de 1945, como la arrendadora no recabó la finca para su directa explotación, se produjo por ministerio de la Ley la prórroga que previene la disposición adicional primera de la última citada; y, por lo mismo, no puede accederse al pretendido cese en la posesión ni debió decretarlo la Audiencia, que, al hacerlo, incidió también en injusticia.

Cuarto. Que pertinente, por lo razonado, la revisión deducida, procede al realizarla no olvidar los diversos puntos del problema que la demanda y reconvención plantean, todos los cuales han de ser objeto de solución.

FALLAMOS.—Dando lugar al recurso de revisión formalizado, y dejando sin valor la sentencia impugnada por el mismo, suplimos sus pronunciados en el siguiente modo estimatorio en parte de la demanda y reconvención: a) declaramos nula la estipulación en numerario de la renta del arrendamiento establecida en la obligación firmada con fecha 1.^o de enero de 1945 y, consiguientemente, que no produjo efecto alguno sobre las obligaciones arrendaticias precedentes; b) declaramos se halla en vigor sobre la finca de que se trata contrato de arrendamiento prorrogado por seis años, a contar de 1945.

SENTENCIA 18 OCTUBRE 1948

Arrendamientos—recurso de revisión—presupuestos.

En este recurso, al igual que en el de casación, resulta ineficaz el motivo que se articula a base de combatir uno solo de los considerandos o fundamentos de la sentencia recurrida, si no fué ese el único ni significa el principal que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para pronunciar su fallo.

Arrendamientos—renta: su cuantía.

Operada la revisión de rentas en el caso que se discute en contra de la voluntad del arrendador, y en virtud de un imperativo legal, limitado en el tiempo también por norma de la Ley, ha de tenerse por evidente, cesada esa transitoriedad y expresamente derogadas las disposiciones que la establecieron, que la medida y el módulo de las obligaciones de ambas partes no puede ser otro que el que ellas mismas hayan convenido, sin perjuicio de su facultad de utilizar, en el modo y forma establecido (art. 7.^o, Ley 15 marzo 1935), el derecho de revisión de renta.

Arrendamientos—recurso de revisión—presupuestos.

No puede alegarse error de hecho si no se demuestra mediante la cita concreta de documentos o dictámenes periciales obrantes en autos.

Arrendamientos—recurso de revisión—presupuestos.

No puede recurrirse por infracción de precepto legal, sin explicar el concepto en que dicho precepto haya sido infringido.

SENTENCIA 19 OCTUBRE 1948**1.º) Excepción de cosa juzgada: influjo del desistimiento.**

"No se da excepción de cosa juzgada cuando la sentencia hace patente que el punto quedó fuera de la litis por el desistimiento del demandante."

2.º) Desahucio: repercusión de la posesión actoris.

"El hecho de estar las fincas objeto del desahucio en posesión de sus titulares arrendadores al tiempo de pronunciarse la sentencia, no impide la pertinencia de la acción, si, como en el caso, han mediado cuatro años entre la sentencia y la resolución, pues, aunque el objeto principal del procedimiento esté cumplido, no los accesorios, como frutos y costas."

3.º) Costas—temeridad: excesiva dilación en juicio sumario.

"La excesiva dilación que la actitud del demandado produjo, propia de un proceso sumario, revela temeridad, que, continuada en el recurso, lleva como justa medida la imposición de costas."

ANTECEDENTES.—La demanda inicial de la litis se dedujo con el propósito de ejercitar la acción de desahucio; la oposición fué basada en la extinción del contrato de arrendamiento—en cuya consideración accionaba el actor—y en la inexistencia de cosa juzgada. Por estimar esta excepción, el Tribunal de instancia absolvió a los demandados, pero la sentencia fué reconvocada por la Audiencia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—(Causa 3.^a, regla 7.^a, disp. trans. 3.^a, Ley 28 junio 1940.)

1.^{º)} Infracción del artículo 1.252 del Código civil, que impone, como excepción, la cosa juzgada en los solos límites de cosas, causas y personas.

2.^{º)} Infracción de los artículos 1.543 y 1.569, 1.^º, del Código civil, pues se ha accedido a una petición de desahucio cuando los bienes están ya poseídos por el actor.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1948**Arrendamientos—renta en dinero—falta de objeto cierto.**

El artículo 3 de la Ley de 25 de julio de 1942 estatuye condicionalidad relativa a la renta considerada como elemento real de la contratación so-

bre fincas rústicas, condicionalidad que ha de inscribirse en la relación del primer inciso del artículo 1.273 con el 1.261 del Código civil, para deducir del conjunto que si, según la Ley de 1942 el elemento real "renta" se ha de fijar necesariamente en una determinada cantidad de trigo, y los presuntos contratantes la fijan en dinero, el supuesto legal no se cumple por diversidad de especie (y aun de cantidad, visto el juego de equivalencias), y, por tanto, falta la determinación de uno de los elementos reales de la contratación, falta prevista en la inicial dicción del artículo 1.261, cuando ordena que "no hay contrato", subsiguiente consiguientemente la nota de insubsanabilidad (art. 1.310 C. c.).

Arrendamientos—renta en dinero—acto contra ley.

La fijación de la renta en dinero revela una voluntad ostensiblemente contraria a la Ley, incurriendo por ello en la sanción de nulidad decreta da por el artículo 4.^o del Código civil.

Arrendamientos—renta en dinero—posibles obstáculos a la nulidad del contrato.

No son obstáculos a la nulidad citada la alegación de ignorancia por los contratantes (art. 2.^o C. c.), ni la práctica en contrario (art. 5.^o del Código civil), ni la protección que las Leyes Agrarias dispensan al cultivador (que debe obedecerlas para ser protegido), ni la conformidad de las partes en la validez del título (por mediar un interés público social).

Arrendamientos—desahucio basado en título nulo.

Debe revisarse la sentencia que ordena desahucio de finca rústica fundado en título de arrendamiento contra Ley.

ANEXOS.—Se trataba de demanda de desahucio por falta de pago. El título arrendatario era un contrato verbal en que se fijaba la renta en dinero. En primera y segunda instancias la discusión versó sobre si la consignación hecha por el demandado en la mesa del Juzgado había sido suficiente y hecha en tiempo hábil. El Juzgado y la Audiencia declararon haber lugar al desahucio. El Tribunal Supremo revisa la sentencia de la Audiencia y declara no haber lugar al desahucio.

SENTENCIA 3 NOVIEMBRE 1948

Arrendamientos—desahucio por cultivo directo del adquirente del usufructo. nál 2.^a de la Ley de 23 de julio de 1942.

Al declararse que el arrendador podrá recabar la explotación directa de la finca al "terminar" los años que a continuación enumera, no fija otra condición que la de que siempre se comprometa a llevar la explotación en esa forma directa por un plazo de tres años, pero en modo alguno significa que el verbo "terminar" empleado suponga el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción que concede al arrendador, y ello se com-

prende fácilmente porque dicha acción es potestativa y no se fija límite alguno para su ejercicio, como lo demuestra el último inciso del párrafo que se examina. El verbo "terminar" es, pues, el principio del ejercicio con éxito de la acción otorgada, ya que si se ejercitase antes de terminar el año agrícola correspondiente en cada caso, no podía prosperar por opuesta al proceso liquidatorio de los contratos de arrendamiento de fincas rústicas, que el legislador estableció en la adicional de que se trata, y siendo así resulta absurdo que sea al mismo tiempo el momento de terminar el año agrícola—no uniforme en todas las regiones ni idéntico en todos los pactos—principio y fin del ejercicio de la acción.

SENTENCIA 4 NOVIEMBRE 1948

Arrendamientos—desahucio por cultivo directo del adquirente del usufructo

Siendo indiscutible el derecho del usufructuario a transmitir el usufructo sobre finca rústica y arrendar ésta, no puede negarse al adquirente de ese usufructo el de ejercitar la facultad establecida en el párrafo 2º del artículo 9º de la Ley de 23 de julio de 1942, de recabar el cultivo directo de la finca arrendada, con el compromiso que la citada disposición establece, por quedar subrogado dicho adquirente en todos los derechos y obligaciones con respecto al arrendamiento, debiéndose interpretar el precepto con criterio restrictivo por significar una limitación de los derechos del usufructuario.

Arrendamientos cultivo directo: plazo para adquirir el compromiso.

Aun sin necesidad de previo aviso, es oportuno si fué adquirido en la demanda de desahucio, según reiterada jurisprudencia (entre otras, las sentencias 28 junio 1943 y 10 octubre 1947).

Arrendamiento—desahucio por cultivo directo: condiciones para la validez de su manifestación.

Esta es válida cuando se hace al terminar el plazo contractual, teniendo otorgada en su favor el usufructuario escritura pública de transmisión de su derecho, aunque no estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad, y habiéndose citado en el requerimiento la fecha de la escritura y el Notario ante quien se otorgó.

Arrendamientos—recurso de revisión—cuestiones nuevas: presupuestos.

La falta de eficacia del compromiso de cultivo directo por no haberse consignado en el fallo, es cuestión nueva que, como tal, no puede plantearse en revisión, ya que adoleciendo la sentencia de primera instancia del mismo defecto, no consta que fuese objeto de apelación sobre ese extremo, y en todo caso la estimación de ese motivo de desahucio presupone en la sentencia el reconocimiento del compromiso, que, se diga o no, debe cumplirse.

Arrendamientos—desahucio—cultivo directo—posibilidad de adquirir este compromiso el usufructuario.

No es obstáculo el carácter de usufructuario vitalicio de la finca en la persona que transmitió el usufructo al actor, para la constitución por éste de tal compromiso, que, como es lógico, habría de acomodarse a la duración del usufructo, y sólo mientras éste subsista, como sucede con el arrendamiento, que tiene que supeditarse en su duración a la que tenga el usufructo, quedando resueltos dichos arrendamientos al terminar aquél, sea cualquiera el plazo por el que se hubiesen concertado, según dispone el artículo 9.^º de la Ley de 15 marzo de 1935, y, por tanto, terminados por dicha causa los arriendos, no hay que hablar de la mayor duración del compromiso, que no puede exceder de la del derecho que la origine.

Arrendamientos—desahucio—cultivo directo—momento en que procede realizar su manifestación.

La disposición adicional 1.^a de la Ley de 23 de julio de 1942 señala la terminación del plazo arrendaticio para recabar la explotación directa de la finca arrendada, coincidiendo con lo que dispone el artículo 9.^º, párrafo 2.^º de la misma Ley, y ninguna eficacia puede concederse a las estipulaciones de las partes en contra de dichas disposiciones legales.

SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1948

Arrendamientos rústicos: alcance de las disposiciones adicionales 1.^a y 2.^a de la Ley de 23 de julio de 1942.

La Ley de 1942, en sus citadas disposiciones adicionales 1.^a y 2.^a, estableció un sistema liquidatorio y escalonado de todas las situaciones arrendaticias existentes en el momento de su promulgación, formando con ellas dos grandes grupos, de tal modo amplios, que ninguna quedara fuera de sus normas; y así como en la primera de estas adicionales, extremando el respeto a la voluntad de las partes, sólo comprendió los arrendamientos en los que al publicarse la Ley estuviera vigente el plazo señalado en el contrato, o la prórroga del mismo, establecida por expresa voluntad de las dos partes, incluyó en la segunda todos los que al publicarse dicha Ley no estuvieran comprendidos en la anterior.

ANTECEDENTES.—Se trata de un desahucio, y se discute la duración y vigencia del contrato de arrendamiento. La acción de desahucio fué desestimada en primera instancia, y la Audiencia confirmó la resolución.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.^º Injusticia notoria por infracción de precepto legal (causa 3.^a, norma 7.^a, ap. A), disp. trans. 3.^a, Ley 28 junio 1940). Infringido, por inaplicación, el párrafo 1.^º, disposición adicional 2.^a, y aplicación indebida del párrafo 1.^º de la disposición adicional 1.^a de la Ley de 23 de julio de 1942.

Se ha considerado aplicable la disposición primera de la Ley, cuando es la segunda la procedente.

2.º) (*Ad cautelam*). Causa 4.ª, norma 7.ª, apartado A), de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940. Manifiesta error en la apreciación de la prueba.

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1948

Arrendamientos—retracto—precio en moneda extranjera.

Habiéndose pactado en moneda extranjera el precio de la enajenación que da base al retracto, precio al que, sin embargo, se asignó en el mismo documento de transmisión una equivalencia convencional en pesetas, dicha equivalencia es la que ha de servir para la subrogación en el lugar del comprador que significa el retracto, y el reintegro al mismo de su desembolso; y el admitir el retracto por el citado precio en pesetas no supone desconocer la certeza de la cotización expresada en documento procedente del Instituto Nacional de Moneda Extranjera.

Arrendamientos—retracto—conocimiento de la transmisión.

El conocimiento de la transmisión que sirva de raíz para el cómputo del plazo del retracto ha de ser completo, sin deficiencia alguna influyente en la decisión de subrogarse en la compra.

Arrendamientos—retracto—plazo de la acción.

Cualquiera que fuere el calificativo (caducidad o prescripción) que mereza el plazo de vida de la acción de retracto, usada ésta ante los Tribunales durante dicho plazo, debe servir, y la demanda de conciliación implica su uso, siempre que el proceso de fondo se inicie en el tiempo en que ella vale.

Arrendamientos—retracto—consignación del precio.

No conociéndose exactamente el precio de las fincas a retraer, en moneda española, al presentarse la demanda, la consignación que con ella se hizo del que se suponía, unida a la oferta de fianza por el exceso, cumplió de momento la finalidad de exigirse consignar para asegurar el pago.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

RUBIO, Rafael: *La Inspección de Tribunales.*

COSSÍO Y CORRAL, Afonso de: *El arrendamiento de locales de negocio.*

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino: Los derechos provinciales romanos y el problema del derecho foral español.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Para la elaboración de una doctrina general de los principio del procedimiento.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE, Eduardo: *La legalidad sobre Grandezas y Títulos nobiliarios.*

3. VIDA JURÍDICA

ESTÉVEZ, José Lois: Perspectivas de regresión. Acotaciones al Diritto processuale civile de S. Satta.

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.